

Isabel Ceccon Iantas
Marina de Fátima da Silva
(Orgs.)

Nenhum passo atrás

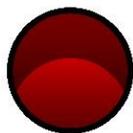
Das ruas às Cortes



Historicamente, o Encontro Nacional de Estudantes de Direito (ENED) representa um importante movimento dos futuros juristas brasileiros, com o objetivo primário de discutir as principais pautas abrangendo a relação entre o direito contemporâneo e as demandas sociais. Em sua 40ª edição, sediada em Curitiba - PR, no ano de 2019, o evento assumiu como temática o lema Nenhum passo atrás: das ruas às Cortes, frase que demonstra o intuito incisivo de combater os retrocessos que cercam a sociedade brasileira, e deixar evidente a intenção dos estudantes de todo o país de combaterem qualquer tipo de ataque aos direitos fundamentais conquistados durante os anos. Esse livro é o resultado dos esforços conjuntos de todas(os) que se dedicaram a construir o ENED CURITIBA 2019. É uma pequena prova material da importância que o encontro teve e continua tendo para o Direito Brasileiro. Essa é a marca visível da história e do legado que deixaremos no país. O orgulho que temos de tudo que foi realizado e de cada um que ajudou a compor esse momento histórico está presente em toda a constituição desse livro.



Nenhum passo atrás



Série
Ciências Jurídicas & Sociais

Comitê Editorial

Prof.^a Dr.^a Liane Tabarelli

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Marcia Andrea Bühning

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Orci Paulino Bretanha Teixeira

Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Voltaire de Lima Moraes

PUCRS, Brasil

Prof. Dr. Thadeu Weber

PUCRS, Brasil

Prof.^a Dr.^a Fernanda Medeiros

PUCRS, Brasil

Nenhum passo atrás

Das ruas às cortes

Organizadoras:

Isabel Ceccon Iantas
Marina de Fátima da Silva



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) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

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

Série Ciências Jurídicas & Sociais – 80

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

IANTAS, Isabel Cecon; SILVA, Marina de Fátima da (Orgs.)

Nenhum passo atrás: das ruas às cortes [recurso eletrônico] / Isabel Cecon Iantas; Marina de Fátima da Silva (Orgs.)-- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

981 p.

ISBN - 978-65-81512-46-0

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

1. Direito; 2. Direitos humanos; 3. Evento; 4. História; 5. ENED; I. Título. II. Série.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Agradecimentos

Historicamente, o Encontro Nacional de Estudantes de Direito (ENED) representa um importante movimento dos futuros juristas brasileiros, com o objetivo primário de discutir as principais pautas abrangendo a relação entre o direito contemporâneo e as demandas sociais. Em sua 40^a edição, sediada em Curitiba - PR, no ano de 2019, o evento assumiu como temática o lema *Nenhum passo atrás: das ruas às Cortes*, frase que demonstra o intuito incisivo de combater os retrocessos que cercam a sociedade brasileira, e deixar evidente a intenção dos estudantes de todo o país de combaterem qualquer tipo de ataque aos direitos fundamentais conquistados durante os anos.

Dessa forma, a Federação Nacional de Estudantes de Direito (FENED), em nome de toda a organização do evento, vem por meio deste breve texto, agradecer a todos e todas que ajudaram a tornar possível mais uma edição desse encontro tão importante para o futuro do judiciário brasileiro. Com certeza, o presente não será capaz de expressar toda a importância daqueles que dedicaram seu tempo, suas energias, suas ideias e, até mesmo sua saúde, em prol de tornar possível a realização do Encontro.

À organização, agradecemos profundamente o tempo dedicado, durante meses, às horas passadas debruçados em ideias, nomes e valores, buscando tornar o evento viável, com a maior qualidade possível - como o foi - e da maneira mais proveitosa aos estudantes que dele participaram. Obrigada àquelas(es) que estiveram presentes naquela semana insone, dispostos a resolver todos os imprevistos, comuns em um evento dessa magnitude. Ainda, obrigada às(aos) que deixaram de lado suas vidas pessoais durante toda a duração do ENED, sempre prontos para

atender qual fosse a demanda inesperada que surgisse durante os dias. Vocês são a estrutura que tornou tudo possível.

Aos encontristas, que se deslocaram de suas casas, de suas cidades e de seus estados, em viagens que muitas vezes duraram dias, com o fim de prestigiar o evento, agradecemos por depositarem em nós a confiança de que todo o esforço, que sabemos ser real diante das dificuldades que o ensino superior enfrenta no atual governo, valeria a pena ao final. Obrigada a todas(os), por contribuírem magnificamente para o resultado pretendido pelo evento, apresentando seus brilhantes trabalhos aqui publicados, além daqueles apresentados presencialmente ao longo do evento, que demonstram a importância desse encontro no tocante à resistência através do Direito. Obrigada pelas longas tardes de debates que são parte fundamental de um encontro como esse. Com toda a certeza, grandes ideias surgiram naquela semana.

Aos palestrantes, por oportunizarem ao corpo discente vindo de todo o Brasil o aprendizado com grandes nomes do universo Jurídico e movimentos sociais e por estarem dispostos a debater e construir, nesse momento em que a resistência conjunta é indispensável. Agradecemos às(aos) que tornaram o ENED um evento de grande prestígio e que nos contemplaram com todo o conhecimento e sabedoria que anos de experiência lhes conferem. Somos profundamente gratos, por terem tornado este evento, não só um ato político de resistência, mas também um momento de profunda reflexão e aprendizado sobre a situação precária da sociedade diante do governo atual, da forma mais embasada possível.

À Casa dos Estudantes Universitários de Curitiba - CEU, por fornecerem aos encontristas e à organização um local seguro e confortável para permanecer durante todo o evento, apesar de todos os incômodos que certamente foram causados pelo fluxo incomum de pessoas dentro do prédio. Obrigada por nos receberem de portas abertas e por possibilitar o acolhimento das(os) estudantes, mesmo que isso tenha significado uma grandiosa alteração na rotina de suas moradoras e moradores.

Esse livro é o resultado dos esforços conjuntos de todas(os) que se dedicaram a construir o ENED CURITIBA 2019. É uma pequena prova material da importância que o encontro teve e continua tendo para o

Direito Brasileiro. Essa é a marca visível da história e do legado que deixaremos no país. O orgulho que temos de tudo que foi realizado e de cada um que ajudou a compor esse momento histórico está presente em toda a constituição desse livro.

The logo for FENED is rendered in a bold, purple, sans-serif typeface. The letters are thick and closely spaced, with a slight shadow or depth to the characters, giving it a three-dimensional appearance. The 'F' and 'E' are particularly prominent due to their size and the way they connect to the other letters.

Federação Nacional de Estudantes de Direito

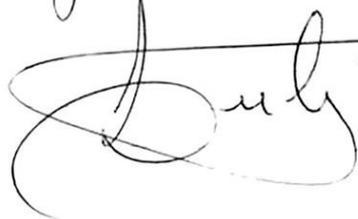


Foto na Frente da PF

Queridos Estudantes de Ineato
que participam do ENE D;
quero agradecer de coração
o gesto de solidariedade que vocês
fizeram visitando a Vigília Lula
Livre.

Espero um dia poder retribuir
esse gesto de grandeza política
que vocês tiveram comigo

Obrigado de Coração



18/07/2019

Sem medo
de ser feliz

Sumário

Demarcação de terras

125

Do assimilacionismo ao multiculturalismo: a influência paradigmática na demarcação de terras indígenas no Brasil

Maria Eduarda Lima Santos Paulo

Raquel Borges de Abreu

2 36

A violação dos direitos constitucionais das populações indígenas e a importância da demarcação de terras

Alanna Gomes Libdy

Alinne Gomes Libdy

Criminalização de movimentos sociais

347

Um “viva” à morte da universidade? Pois que aplaudam o nascimento da ignorância

Tháila dos Santos Borges

4 61

Criminalização do movimento estudantil: os 20 de Camaçari

Rafael Bomfim Souza

5 69

Assujeitamento permanente da classe subalterna, criminalização dos movimentos sociais

Márcio de Souza Dias

Lara Botelho Crochi

Jenifer da Silva Dias

Políticas ambientais

6..... 81

A atuação das políticas governamentais na liberação dos agrotóxicos e suas consequências

Cíntia Moura da Silva

Jacqueline Ester da Silva Chaves

7..... 89

Bioética de Van Resselae Potter: novas perspectivas para a construção de um desenvolvimento sustentável

Vanessa Chaves de Siqueira

Maria Clara Gonçalves Rodrigues Almico

Dalmir Lopes Júnior

Política internacional

8 107

Direitos humanos e fundamentais na ONU

Maria Cecília Gatti

Marcos Cesar Botelho

9.....119

Proteção aos apátridas no Brasil: análise da lei de migração comparada aos dispositivos internacionais vigentes

Miguel Gomes Oliveira Corbanez

Cláudio César Machado Moreno

10 134

“O sul é o nosso norte?": a integração regional sul-americana nas encruzilhadas da atual política externa brasileira

Alana Souza Barreto Sena

Política de drogas

11..... 155

A política de drogas brasileira e sua relação intrínseca com o mercado de armas: uma análise dos seus efeitos no âmbito social

Emerson Santos Gois

Gálatas Salomão Cardoso Oliveira

12 179

Políticas de “Guerra às drogas”: como as escolas do sul fluminense tratam este tema?

Eduardo de Oliveira Hosken

Rafael Monteiro de Castro

Reforma trabalhista e previdenciária

13 199

O trabalho de gestantes e lactantes e a insalubridade no tocante da Lei nº 13.467/2017

Joiceimeire Costa Amorim

Maria Victoria Gallo Santos

14 212

Enfraquecimento da luta sindical: reflexos da Lei nº 13.467/2017 na atuação dos sindicatos

Isabel Cecon Iantas

Marina de Fátima da Silva

15 229

Aposentadoria especial e a nova reforma da previdência

Eduarda Santos Raineri

Nathália Douradinho Lopes

16 247

Novas organizações do trabalho: contextualização do teletrabalho e o tratamento dado pela legislação brasileira em relação as suas especificidades

Henrique Posser Martins

17 269

A inconstitucionalidade do Art. 223-g § 1ºCLT da à luz do caso de brumadinho

Giovana Vitória Martins Dota

18 284

O STF e o fim da contribuição sindical obrigatória: a argumentação econômica como razão de decidir

Raiça Mara de Camargo Silveira

19 310

Pós reforma trabalhista: a legitimidade democrática como parâmetro para implementação de políticas públicas sociais

João Roberto Lima Bertoldo

Odilon AramisMentz da Silva

20..... 322

Contrato intermitente: uma análise das inconstitucionalidades da Lei 13.467/2017

Katleen Corenti Padovani

Maria Emília Ferreira de Sousa

21 338

Benefícios assistenciais à luz do acesso à justiça e a reforma do sistema previdenciário

Rodrigo Alderete Onishi

Priscila Aparecida Perez Viana

Mobilidade urbana e direito à cidade

22.....355

Experiências em educação jurídico-popular em direito à cidade com estudantes secundaristas de Santarém - PA

Lucimar Naiara dos Santos Alves

Lorena Bastos da Costa

JennaValéria Santos de Sousa

23.....365

O sistema de saneamento ambiental em Belém do Pará como um estado de coisas inconstitucional

Kanandra Evelynny Fortes Corrêa

Renan Cordeiro da Silva

Ativismo judicial

24..... 381

Perspectivas do controle judicial dos atos de governo na nova lei de introdução às normas do direito brasileiro

Alan José de Oliveira Teixeira

25..... 403

Neoconstitucionalismo no Brasil: protagonismo político - institucional exercido por juízes ou efetivação da democracia?

Caio Ferreira de Souza

26.....421

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: garantia de direitos *versus* violação de princípio constitucional

Matheus Henrique Dias

27..... 444
Os reflexos na estruturação do direito penal pela influência dos meios de comunicação em massa na sociedade contemporânea: uma análise à luz de decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria criminal
Ana Julia Pozzi Arruda
Fernando Andrade Fernandes

28472
A moralidade dos magistrados frente à sua discricionariedade
Artur Araujo Brilhante
Shayana Sarah Vieira de Andrade Mousinho

Modelos alternativos de resolução de conflitos

29..... 489
Dinheiro acima de tudo, propriedade acima de todos: a intensificação dos conflitos agrários com a exclusão de ilicitude nos casos de proprietários rurais que atentarem contra invasores de terra
Cristiane da Silva Gonçalves
Rayane Silva da Silva

30..... 502
A mediação como mecanismo de resolução de conflitos nos processos administrativos disciplinares
Alberto Alves de Melo Neves
Lavínia Cavalcanti Lima Cunha

Conflitos de direitos fundamentais

31 517
Biografias não autorizadas: invasão de privacidade ou liberdade de expressão?
Maria Cecília Gatti
Marcos Cesar Botelho

32..... 540
Proselitismo religioso: um estudo comparativo de julgados dos tribunais regionais federais
Bianca Petri da Silva

33.....552
Desafios da regulação de notícias falsas nas eleições brasileiras de 2018
José Ricardo Alves

34.....	565
Direito à privacidade x direito à liberdade: embate entre o direito ao esquecimento e o direito à informação	
Beatriz Castro Lopes Correa da Costa	
Isabela Piedade de Alcântara	
35.....	577
O direito ao esquecimento como forma de proteção aos direitos da personalidade: uma análise entre o direito de imagem e a liberdade de expressão, informação e imprensa	
Thainara Fraga Araújo	
36.....	598
Fake news: como a liberdade de expressão se tornou uma ameaça às garantias constitucionais nas eleições de 2018	
Arantxa Honorina Leão Batista dos Prazeres	
Maria Clara Ponte de Souza	
37.....	612
Mandado de busca e apreensão coletivo/genérico: afronta a direitos fundamentais ou medida de enfrentamento à criminalidade	
Tulio Cincinato Correia	
Vitor Miguel Santana Nascimento	
Crise no sistema penitenciário	
38.....	627
Patriarcalismo penal: a domesticação da apenada	
Marina de Fátima da Silva	
Isabel Ceccon Iantas	
39.....	639
A decisão liminar do STF na ADPF 347: o início de uma reforma estrutural no sistema penitenciário?	
Laura de Gois Hartmann	
40	659
Mulheres no cárcere: relatos de experiência do projeto de extensão promotoras legais populares - libertárias	
Lorena Gomes Arruda	
Mélane Freitas Fortes	

41.....672
Tá com pena? Leva pra casa: o Caso Rafael Braga e a prisão domiciliar para presos com doenças graves
Cassiane Fortes Bueno
YulaAvozani

42..... 686
O princípio da insignificância e sua aplicação divergente no crime de furto e no crime de descaminho
Manuela Alice Arend

Genocídio da população negra

43..... 699
A seletividade dos sistema penal brasileiro: a população negra como alvo
Jackson de Jesus SousaLeite

44 713
A política de branqueamento e os sujeitos de direito à luz da teoria de Pachukanis
Alex Vandiego Salustiano Santos
Hadassa Freire da Silva Gonçalves Santos

Gênero e sexualidade

45.....727
Análise do projeto de Lei Gabriela Leite: causas e consequências jurídicas e sociológicas
Gabriela de Almeida Faria

46.....750
A segregação de homens bissexuais e homossexuais gerada pelas políticas inconstitucionais de vedação que os impedem de doar sangue
Ediglê da Silva

47.....767
Movimento estudantil e desigualdade de gênero: uma análise sobre o feminino dentro da Universidade Estadual de Londrina
Thaís Lopes Ferreira

48 777
O Conto da AIA e a violência sexual contra mulher: violação de direitos e o aumento do registro de casos de estupro no Brasil
Juliana Inês Urnau

49.....	787
Os efeitos do movimento “Não é não”: carnaval de Salvador no ano de 2019 e a sensação de liberdade e segurança das mulheres foliãs	
Letícia Guimarães Carvalho Matos	
Vitória Paola Nascimento dos Santos	
50.....	812
A população transexual e travesti e o acesso democrático: propor um aprofundamento ao constatar um colapso	
Enzo Bellini Machado	
51.....	835
O currículo oculto de gênero presente nas bibliografias das turmas de graduação da faculdade de direito da Universidade Federal do Pará (UFPA)	
Beatriz Carneiro André	
52.....	848
Organização criminosa para fins de pornografia infantil: (resultados preliminares de) um breve estudo etiológicosob a perspectiva de gênero	
Kalita Macêdo Paixão	
53.....	871
O enfoque da lei maria da penha sobre as relações homoafetivas lésbicas: uma discussão sobre as limitações de alcance e efetividade	
Leticia CheminBulla	
Mariana Letícia Rosa Brito	
54.....	882
Grupos reflexivos para homens: a necessidade de uma abordagem despenalizadora no combate à violência doméstica	
Mayara dos Santos Aimi	
Régis Quartieri Nascimento	
55.....	898
Esteréotipo da masculinidade e a reconstrução da dignidade da pessoa humana	
Marcelo Luan Lopes Jarreta	
Matheus Felipe Galera de Oliveira Costa	

Acesso à justiça

- 56.....911
Legitimidade ativa na ação civil pública: a leitura jurisprudencial da Lei 7.347/85
Sarah Almeida
Violeta Sarti Caldeira
- 57.....937
A inconstitucionalidade dos códigos e regulamentos de disciplina discente dos institutos federais
Rafael Bomfim Souza
- 58..... 949
Jurisdição internacional e direitos humanos: os casos Gomes Lund e Herzogsob análise comparativa
Luciana Moreno Toro Vidal
- 59..... 964
Inacessibilidade da justiça no cárcere: o papel dos mutirões carcerários no Brasil
Lígia Penkal
Francielle Santos
- 60973
Acesso à justiça através da assessoria jurídica universitária: reflexões a partir da prática extensionista
Carolina Nocchi Guerra
Jéssica Becker Moraes

Demarcação de terras

Do assimilacionismo ao multiculturalismo: a influência paradigmática na demarcação de terras indígenas no Brasil

Maria Eduarda Lima Santos Paulo

Raquel Borges de Abreu

1. Introdução

Num contexto antropológico, dois paradigmas divergentes envolvem a história dos povos originários: o assimilacionismo e o multiculturalismo. O primeiro deles consiste na ideia de uma cultura minoritária em determinada sociedade perder a sua identidade, ao ponto de assimilar as características da cultura dominante. Essa perspectiva apaga tradições e costumes de povos, objetivando a homogeneização. O multiculturalismo, por sua vez, defende a manutenção de costumes e tradições.

O histórico brasileiro apresenta uma clara projeção do assimilacionismo aos indígenas. Desde a colonização até a contemporaneidade, é perceptível como os ideais supramencionados influenciam o pensamento majoritário, bem como legislações e governos. A relação torna-se clara com a análise de como a demarcação de terras foi e vem sendo realizada, seja pela lei ou por sua aplicação.

No presente trabalho, visa-se a investigação, por meio de base antropológica, das tendências de tratamento da maioria da população

brasileira no tocante aos povos indígenas. Assim, verifica-se seus reflexos, ao longo da história, na legislação sobre demarcação de terras.

O atual momento político demonstra inclinações à extrema-direita. Nesse cenário, em que há um patriotismo exacerbado, direitos de minorias são constantemente atacados. Por conta disso, com destaque à demarcação de terras dos povos indígenas, faz-se necessário o estudo das motivações a tal fenômeno.

A metodologia utilizada é a diagnóstica, por meio da análise de dispositivos legais que abordam a demarcação de terras indígenas, em conjunto com teorias estabelecidas por antropólogos. Nesta interdisciplinaridade, busca-se a explicação para, após séculos de colonização, leis em benefício de povos indígenas não serem efetivadas.

É ressaltado o assimilacionismo, bem como sua contraposição ao multiculturalismo aplicado à perspectiva indígena. Por fim, estudam-se os reflexos de tais paradigmas na sociedade brasileira.

2. A demarcação de terras indígenas no Brasil: histórico legislativo

Com a colonização do Brasil, a partir de 1500, Portugal entendia que o território brasileiro fazia parte de seu domínio, não dando importância alguma para os direitos territoriais dos povos originários indígenas. Ressalta-se, aqui, o 1º de abril de 1680, data em que o Alvará Régio fez com que Portugal entendesse a necessidade de dar o devido respeito a posse dos índios sobre as terras. Porém, tal regra não ganhou efetividade e nem eficácia, pois muitas vezes foi desrespeitada e não cumprida pela maioria, perdendo força normativa, e, desse modo, favorecendo a segregação dos indígenas em espaços reduzidos, assim como a prática do “aldeamento” - confinamento de povos para a catequização. Após isto, surge o Diretório dos Índios, o qual foi responsável pelo processo de secularização dos aldeamentos, a partir de administrações realizadas por laicos.

Já no Império, é nítida a despreocupação com a manutenção das condições necessárias à reprodução sociocultural dos indígenas, já que para esta se concretizar é necessária uma organização quanto a posse de suas terras, bem como sua devida demarcação. Porém, tais políticas deram origem a um caos fundiário. Veio, em seguida, a primeira lei que normatizou a propriedade privada no Brasil: a Lei de Terras de 1850. Esta assegurou o direito territorial dos índios, reservando terras para sua colonização. Todavia, outra regra foi criada em seguida, a qual fazia com que terras de aldeias abandonadas por indígenas seriam devolutas, ou seja, terras em que o Estado poderia fazer o que bem entendesse.

Na primeira parte da República, a primeira Constituição brasileira instituía o artigo 64, o qual transmitiu aos estados terras devolutas que estivessem em seus respectivos territórios. Diversas terras ocupadas por indígenas eram consideradas devolutas, o que agravou o processo de grilagem em curso, sobre as terras indígenas.

A Constituição de 1891 até excepcionava as faixas de terras localizadas nas fronteiras dos territórios transmitidos aos estados, porém estes não se importaram com a exceção e emitiram vários títulos que incidiam em terras indígenas naquelas regiões. Esta mesma Constituição não fazia menção alguma aos indígenas e aos seus direitos territoriais. Tal fenômeno explica o porquê do Serviço de Proteção aos Índios, que surgiu em 1910, não possuía poderes para reconhecer as terras indígenas. Sendo o governo federal quem demarcava terras, apenas o fazia através do entendimento com os governos estaduais e municipais. A situação ficou estacionada até meados dos anos 60, mesmo com as constituições de 34, 37 e 46 trazendo dispositivos que reconhecem a posse dos índios sobre a terra por eles ocupada.

A prática de discutir com os governos estaduais e municipais a demarcação do território indígena agravou a política de confinamento. As terras indígenas eram reduzidas, e o território que sobrava em volta era titulado pelo Estado. Sendo assim, muitas comunidades foram sendo agrupadas em uma só aldeia, deixando terras para titulação a terceiros.

Os povos que se encontravam nesta situação tornaram-se mão de obra barata para os fazendeiros, os quais utilizavam-se desta situação somente enquanto lhes era favorável, sendo que num segundo momento os indígenas eram vistos como invasores.

O período militar, por incrível que possa parecer, avança no plano legal - mais intensamente no primeiro governo civil, quando os militares ainda possuíam pleno controle sobre demarcações de terras, em especial na Amazônia. Sendo previsto no plano legal e político a aplicação de uma série de medidas importantes para a questão indígena, na realidade concreta, a maioria delas foi aplicada de maneira distorcida.

Uma das primeiras medidas dessa época consiste na formulação de novas leis na Constituição de 1967. Inclui-se no texto constitucional um dispositivo que declarava terras indígenas como parte do patrimônio da União, o que freava, pelo menos no plano formal, o processo de usurpação das terras indígenas que vinha sendo praticado pelos estados e centralizava a questão indígena na esfera federal.

Pela primeira vez foi reconhecido aos indígenas o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes em suas terras, de modo que lhes foi dada a possibilidade de disporem de instrumentos jurídicos para lutar contra o desrespeito ao seu meio ambiente por fazendeiros, empresas mineradoras, órgãos governamentais, entre outros. Dessa maneira, foi possível aos indígenas exigirem soluções jurídicas para aqueles que faziam o uso indevido de recursos presentes em suas propriedades.

Por fim, a Constituição declarava a nulidade e a extinção dos atos que incidissem sobre a posse indevida de terras indígenas e, assim, impedia-se a alegação de que os novos proprietários estariam protegidos pelo “direito adquirido”. Logo, não era permitida a invocação da lei em vigor ou de situações juridicamente consolidadas para salvaguardar a titulação sobre terras indígenas. Assim, um proprietário que se apossou indevidamente dessas terras não poderia reclamar a sua demarcação e nem tinha direito a indenizações decorrentes desse procedimento. Toda-

via, a maioria das referidas medidas, na realidade concreta, foi aplicada de maneira distorcida, sendo alvo de críticas e até mesmo de alterações.

Neste momento, era responsável pela assistência aos índios no território nacional o SPI que, tendo em vista acusações de irregularidades quanto aos recursos e propriedades indígenas, foi extinto em 1967. Seu substituto direto é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Seu objetivo e sua competência são de exercer a tutela dos índios, bem como “garantir a posse permanente” das terras indígenas, e o usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes nela.

A FUNAI, como resposta às críticas sobre sua política indianista, se comprometeu a elaborar uma nova legislação para os índios, que se concretizou em 1973, com a declaração do Estatuto do Índio, em vigor até os dias atuais. Este anuncia que o seu objetivo era “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva” (BRASIL, 1973); ou seja, visava fazer com que o índio assimilasse a cultura dos brancos, integrando-se a uma nova sociedade e uma cultura. Logo, o Estatuto tratava de direitos temporários, que deixariam de existir assim que determinada condição - a de ser índio - chegasse ao fim.

Grande parte do Estatuto, trata-se no entanto das terras indígenas, as quais são subdivididas em três categorias: Terras Ocupadas Tradicionalmente, Terras Reservadas e Terras de Domínio dos Índios. Já em se tratando de reservas indígenas, é previsto no Estatuto que estas podem se organizar sob diferentes modalidades, como Reserva propriamente dita, o Parque Indígena, a Colônia Agrícola Indígena e o Território Federal Indígena.

O Estatuto do Índio também determina que as terras indígenas serão administrativamente demarcada, por iniciativa e sob orientação da FUNAI, de acordo com o procedimento estabelecido em decreto do Poder Executivo. Esse artigo permanece válido até hoje e serve como base para decretos que tem regulamentado essa matéria; declara que a demarcação terá que ser homologada pelo Presidente da República e registrada na Secretaria de Patrimônio da União e no cartório de imóveis do local onde

se situa a terra indígena em questão; prevê que o reconhecimento do direito dos índios à posse de suas terras independe da sua demarcação.

A partir desses fatores entende-se que a demarcação de terras indígenas apenas reconhece situações já existentes, ou seja, ocupações de povos indígenas já estabelecidas concretamente.

Com o PIN (Plano de Integração Nacional) do período militar, para integrar o resto do país com a Região Amazônica, gerou-se uma negação dos direitos territoriais indígenas. Foi o caso da remoção de povos de suas terras para a construção de rodovias. Um exemplo é o povo panará foi levado ao Parque Indígena do Xingu para a abertura da estrada Cuiabá-Santarém.

O governo começou a instituir novos mecanismos para controlar decisões da FUNAI a respeito da demarcação de terras, já que o controle total do órgão passou a ser limitado. O primeiro mecanismo foi efetivado pelo Decreto nº 88.118, de 23/02/1983, que permitia à FUNAI a demarcação das terras indígenas, no entanto, tanto os técnicos quanto a proposta de delimitação de terras eram submetidos à aprovação de diversos ministérios e órgãos federais.

Com o fim do período ditatorial, a redemocratização do país foi feita com a Constituição de 1988. Nela, foi inserido um novo modo de pensar acerca dos indígenas. Reconheceu-se suas coletividades distintas, tornando-os detentores de direitos especiais. O paradigma de integração e assimilação foi quebrado pela Lei Fundamental, garantindo aos povos indígenas que permaneçam com seus costumes e tradições. O país passaria a ter, assim, uma ótica pluriétnica e multicultural. Há garantias à demarcação de terras, levando, conseqüentemente, à organização social, aos costumes, às línguas e às crenças. O pensamento é claramente expresso pelo jurista Luiz Fernando Villares:

Abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que índios são seres humanos com uma cultura inferior, primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à conseqüente perda de sua identidade indígena (VILLARES, 2009, p. 17)

O Código Civil de 2002 não prevê qual será a capacidade civil indígena, afirmando que ela será legislada especialmente. Mas o que ainda perdura é a tutela, fruto do pensamento assimilacionista. Dessa maneira, percebem-se as discrepâncias legislativas no que diz respeito aos indígenas no Brasil.

Ante o exposto, é possível dividir os avanços legislativos em duas etapas: assimilacionismo "explícito" e assimilacionismo "velado". Num primeiro momento, partindo-se da colonização até o fim do Império, é clara, através do exame de previsões legais, a tentativa de homogeneização cultural no território brasileiro, com a insistência em integrar os indígenas através da ausência de demarcação territorial. Com o início da República, perpassando por períodos ditatoriais e pela redemocratização, há uma quebra, em teoria, do assimilacionismo. O legislador começa a se esforçar para que a sociedade avance rumo ao multiculturalismo. Porém, a aplicação dos dispositivos legais é insuficiente e falha, tendo em vista que a tendência social prevalece na tentativa de "integrar" os povos indígenas à matriz dominante.

Assim, é válida a análise de alguns dispositivos em vigor, bem como de sua eficácia. Ainda, verificar o motivo da não aplicação dos dispositivos, e até mesmo de retrocessos atualmente propagados no que diz respeito à demarcação de terras indígenas

3. O multiculturalismo presente nas legislações brasileiras contraposto à postura assimilacionista

Nos momentos atuais, vigoram no Brasil, a título de exemplificação, dois dispositivos legais com potencialidade multicultural: o Decreto 1.775/96 e a Convenção 169 da OIT. Em apreciação a ambos, é clara a falha aplicação, o que demonstra interferência do assimilacionismo no que diz respeito à legislação sobre povos originários.

O Decreto 1.775/96 trata do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas. Em uma análise gramatical, é

estabelecido o procedimento administrativo para a demarcação de terras, de modo a preocupar-se com o meio-ambiente. Sua prática, todavia, é falha, por conta de ritos burocráticos, não gerando a interação do saber antropológico.

Em todo esse processo, existem os laudos antropológicos. Eles são responsáveis por reconhecerem as comunidades e tribos indígenas, ressaltando suas práticas e fatores comprobatórios de sua existência. Dessa maneira, representam uma quebra no paradigma assimilacionista, já que evidenciam as práticas culturais. Todavia, sua ação na demarcação de terras é, por muitas vezes, não efetiva, pela lei não interagir com a antropologia. As investidas de advogados de proprietários de terras e contralaudos é comum, desmerecendo o trabalho do antropólogo na tentativa de gerar uma perspectiva multiculturalista.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho foi um marco na não apenas para causa indígena, mas para os povos originários em geral, no espectro mundial. Ela surge como o primeiro dispositivo internacional a versar sobre povos e comunidades tradicionais, estando inclusos os indígenas. Seu aspecto é totalmente multiculturalista. Entre suas garantias, estão o direito à autoidentificação e à consulta sobre medidas legislativas que diz respeito a tais povos. No que diz respeito às terras indígenas, afirma, em seu art. 14, que deve-se reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam (GENEBRA, 1989).

Portanto, assume-se que a convenção representa grande passo em direção à luta contra o assimilacionismo. A ratificação do dispositivo, de acordo com Albulquerque (2008), significa uma possibilidade de autodeterminação dos povos indígenas, já que integra o ordenamento jurídico nacional.

A prática brasileira, infelizmente, apaga os avanços do documento. Os critérios para autoidentificação são meros ritos burocráticos, não permitindo aos povos indígenas que de fato entendam a classificação. A consulta ante a legislação também não acontece, visto que não um diálo-

go entre, por exemplo, a implementação de obras dentro de reservas indígenas. São indícios trágicos de que o assimilacionismo ainda perdura a sociedade.

No mais recente momento, traz-se como exemplo a MP 886, proposta pelo presidente Jair Bolsonaro. Em seu art. 21, no inciso XIV, estabelece como competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento a "*identificação, a delimitação, a demarcação e os registros das terras tradicionalmente ocupadas por indígenas*" (BRASIL, 2019). Em um único dispositivo legal, retira-se da FUNAI a demarcação de terras, deturpando completamente anos de resistência. O texto foi redigido e publicado, condenando a população indígena em sua totalidade, sem consulta alguma aos povos. Desse modo, fica demonstrado que os poucos dispositivos multiculturalistas que existem no país carecem de aplicação; ainda mais, são esmagados por posicionamentos completamente assimilacionistas e etnocêntricos, partindo da mais altas das autoridades em uma república presidencialista.

Ressalta-se que, em 24 de junho de 2019, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, deferiu liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6172, 6173 e 6174, suspendendo o referido trecho da medida provisória. Destaca-se, na decisão, que há a violação da Constituição, bem como do princípio da separação dos poderes. A decisão deverá ser, ainda, submetida a referendo no plenário.

4. Conclusões

A demarcação de terras indígenas é altamente necessária, a fim de proporcionar aos povos sua devida manifestação religiosa, tradicional e cultural. Numa sociedade assimilacionista, a tendência em minimizar a cultura dos povos originários é manifesta no ataque ao direito ao território indígena.

O Brasil passa por avanços na questão, promovendo o reconhecimento dos povos, bem como de suas práticas. O trágico, no entanto, é

que a mentalidade brasileira possui raízes colonialistas, estando calcada no assimilacionismo. As tentativas de incorporação do paradigma multicultural no ordenamento jurídico revelam-se falhas quando observada a sua aplicação. A falta de eficácia reside na não aceitação social visto que há, ainda, insistência na homogeneização do país, seja por projetos de lei na área do legislativo, ou pela eleição de um presidente que, em um de seus primeiros atos, veta direitos territoriais há muito conquistados pelos povos indígenas.

Por conseguinte, podem ser propostas como solução a tal cenário a representatividade indígena nas câmaras legislativas, como exemplo da já eleita deputada federal Joênia Wapichana, bem como de apoiadores da causa. Ainda, cabe a reflexão e a difusão na sociedade de que as raízes brasileiras insistem no apagamento da cultura indígena. Partindo de tal ponto, assim, é possível avançar para que o brasileiro, enfim, adeque-se ao multiculturalismo que a pluralidade étnica do país exige.

Referências

- ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Autor, 2008.
- ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos indígenas e a Lei dos "Branços"**: o direito à diferença. Brasília: Edições MEC/UNESCO, 2006.
- BRASIL. Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 jan 1996, p. 265.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez 1973, p. 50.
- BRASIL. Medida provisória nº 886, de 18 de junho de 2019. Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 19 jun 2019, p.2.

JUCÁ, Beatriz. **Como a primeira mulher indígena conquistou uma vaga na Câmara Federal**. São Paulo: El País, 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/08/politica/1539035477_870212.html> (acesso em 30 set 2019).

OIT. **Convenção (169) sobre povos indígenas e tribais em países independentes**. Genebra, 1989.

STF. **Suspenso dispositivo de medida provisória que transferia demarcação de terras indígenas para Ministério de Agricultura**. Brasília: Notícias STF, 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414818>> (acesso em 30 set 2019).

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

A violação dos direitos constitucionais das populações indígenas e a importância da demarcação de terras

Alanna Gomes Libdy

Alinne Gomes Libdy

1. Introdução

A diversidade étnica e cultural são traços que caracterizam a população brasileira, uma vez que suas origens são de miscigenações entre indígenas, e os povos que vieram durante ou após o processo de colonização. Portanto, a garantia dos Direitos à população indígena, é a garantia de respeito ao povo que aqui estava muitas gerações antes da colonização, ou seja, garantia de respeito à história da nação brasileira.

A Demarcação de Terras, cujo objetivo é de cultivar, proteger e valorizar a cultura e os costumes de diversas tribos em território nacional, é um debate muito presente na atualidade. O Direito à essa proteção de suas terras, por parte do Estado, está previsto na Constituição Federal vigente, no entanto, há um constante questionamento acerca da relevância dessa temática, por parte de uma camada mais conservadora da sociedade brasileira, que não acredita na necessidade dessa proteção em um país que busca desenvolver-se economicamente. Estes, têm buscado por diversas formas, a suspensão do direito à terra para o indígena, contando com o apoio do atual presidente brasileiro, Jair Bolsonaro, que constantemente tem falado contra novas demarcações de terra e afirma, inclusive, que pretende rever o território já demarcado.

Atualmente, estima-se que cerca de 14% do território nacional seja de proteção indígena, com terras regulamentadas nos mais diversos biomas nacionais e, com maior concentração de demarcação na Amazônia Legal. A Fundação Nacional do Índio (FUNAI), é o órgão responsável por identificar, delimitar, regulamentar, fiscalizar e proteger estas terras demarcadas.

A garantia de um desenvolvimento voltado à conservação da tradição de cada etnia, buscando sempre possibilitar a uma maior autonomia dessas populações, fazendo com que elas mantenham seu idioma nativo, crenças e sua própria organização social, também é de competência da Funai.

Entretanto, nos últimos anos, a Fundação Nacional do Índio tem passado por mudanças que desestabilizam sua posição perante o governo federal e às populações indígenas. Com ênfase no ano de 2019, além de quase perder a atribuição de demarcação de terras para o Ministério da Agricultura, através da Medida Provisória 870, de autoria do Governo Federal – apenas este ano duas pessoas já passaram pelo cargo da presidência da fundação e torna-se cada vez mais evidente a forte influência da bancada ruralista na tomada de decisões do Governo Federal.

2. Direitos constitucionais

A Magna Carta determina em seu título VIII, capítulo VIII, "Dos Índios", que indígenas possuem posse permanente de terras ocupadas tradicionalmente por estes, “cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nela existentes”. Estas terras são “inalienáveis” e os direitos sobre elas “imprescindíveis”. Ou seja, há o reconhecimento de que os índios foram os primeiros habitantes do Brasil, portanto, o direito sobre as terras trata-se de um direito anterior à criação Estado, ou seja, originário. Conforme o artigo 231 da Constituição:

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Recursos hídricos e riquezas minerais do solo pertencem à União (Art.176 CF). Assegura-se aos índios a participação na exploração. É vedado remover índios de suas terras, salvo casos excepcionais e temporários, de acordo com o Artigo 231 da Constituição Federal, parágrafo 5º:

É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou o interesse da Soberania no País, após deliberação do Congresso Nacional, garantindo em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

Foi fixado nas Disposições Constitucionais Transitórias, o prazo de cinco anos para que todas as terras indígenas do Brasil fossem demarcadas. No entanto, o prazo não foi cumprido e as demarcações são ainda um assunto pendente para o Congresso Nacional.

3. Importância da garantia dos direitos constitucionais

Apesar de matematicamente parecer absurdo que 14% do território nacional esteja distribuído para o que corresponde à apenas cerca de 0,6% da população nacional, a área de preservação cumpre função fundamental para a sobrevivência da biodiversidade nacional.

Mesmo não sendo “naturalmente ecologistas”, aos povos indígenas se deve reconhecer o crédito histórico de terem manejado os recursos naturais de maneira branda. Souberam aplicar estratégias de uso dos recursos que, mesmo transformando de maneira durável seu ambiente, não alteraram os princípios de funcionamento e nem colocaram em risco as condições de reprodução deste meio. (Índios e o Meio Ambiente – pib.socioambiental.org)

A Amazônia brasileira abriga a maior bacia hidrográfica de água doce mundial, e inúmeras espécies pertencentes à fauna e à flora, dentre as já catalogadas e as ainda desconhecidas, totalizando mais da metade

da biodiversidade mundial. Fato que a torna extremamente sensível, uma vez que por menor que seja a interferência humana, ela pode tornar-se irreversível. Cada mínima perda nesta biodiversidade, pode significar uma perda inestimável para o futuro da humanidade a nível global.

Em áreas de reservas indígenas, é proibida a realização de caça predatória ou destruição para além daquilo que é necessário para a subsistência das populações, ou seja, há uma extensa área de equilíbrio ambiental, que contribui para evitar drásticas mudanças climáticas e perdas irreparáveis de diversidade animal e vegetal. As áreas de reserva indígena são, comprovadamente, as que menos sofrem com desmatamento:

Em 2015 o IPAM divulgou dados de uma pesquisa realizada acerca da relação dos indígenas com as florestas, realizada majoritariamente na região do Parque Indígena do Xingu e demonstrou a importância das áreas protegidas para a manutenção do clima e equilíbrio do regime pluviométrico.

No período de 2000 a 2014, a taxa de desmatamento nas terras indígenas foi de 2% e as áreas, ao redor, que não são protegidas, foi mais de 19%, correlacionando a importância das áreas protegidas para a manutenção de grandes estoques de floresta.

Além da diversidade da fauna e da flora, há também um leque cultural bastante diverso: religiões, idiomas, rituais, mitos, cosmologia, manifestações artísticas e, inclusive, um conhecimento profundo sobre plantas medicinais e suas utilidades. Com a perda de uma comunidade indígena, também é perdido uma infinidade de conhecimentos.

4. Dificuldade na demarcação das terras

Historicamente, a posse de terra é fonte de poder econômico, político e social. Sendo o Brasil um país em que a economia é fortemente movimentada pela agricultura e a pecuária, a demarcação de terras é contestada por muitas pessoas ligadas ao agronegócio e vista como uma

barreira para o desenvolvimento. Latifundiários, agricultores, pecuaristas e mineradores representam uma forte resistência no reconhecimento deste Direito originário indígena.

Para Raul Valle, diretor de Justiça Socioambiental da ONG WWF – Brasil, é inadmissível que o Governo Federal deixe “prevaler a pressão dos ruralistas, que pretendem utilizar a Funai para acabar com a demarcação de terras e revisar terras já demarcadas” à título de beneficiar o agronegócio e suas cada vez mais ambiciosas expansões de propriedades.

São áreas importantíssimas não apenas para a sobrevivência dos mais de 320 povos indígenas, mas também para a conservação da natureza, com mais de 98% de suas florestas protegidas. Deixar a Funai nas mãos de quem quer abrir as terras indígenas para ocupação irregular, grilagem, mineração, monocultura e atividade madeireira é algo totalmente inaceitável.

Apesar da evidente necessidade de produção de empregos e recursos para que o país se estabeleça economicamente, é um grande equívoco fazer isso ignorando o que está previsto constitucionalmente, acerca das áreas de preservação indígena, uma vez que isso coloca em risco uma possível perda inestimável, não apenas cultural, mas de biodiversidade. Infelizmente, o governo federal mostra-se cada vez mais empenhado em dificultar o processo de demarcação de terras e dar um poder ainda maior aos ruralistas.

5. Consequências da violação de direitos

Há registros de cerca de 67 tribos indígenas que não possuem contato algum com o restante da civilização e que vivem de forma tradicional, preservando seus idiomas, culturas e modos de vida. Isto indica que há uma infinidade de profundos conhecimentos por trás de cada membro destas populações.

A experiência dos povos indígenas acerca das florestas e da melhor forma de exploração delas, é uma fonte de informação valiosa para a ciência. A julgar pelo fato de que houve uma quantidade infinitamente

maior de populações exterminadas durante os anos de colonização, resta a certeza de que muito conhecimento foi exterminado junto a elas.

Em 2018 foi apontado pelo Ministério da Saúde, um aumento exponencial no número de suicídios nas comunidades indígenas. Entre os motivos, podem ser citados a demasiada resistência para o reconhecimento de terras pertencentes a eles por direito, além a dificuldade na aceitação social de sua identificação cultural - o apego destas populações à terra não é apenas material e nem tão somente pela sua própria sobrevivência, isto também perpassa por um sentimento de pertencimento.

Considera-se a grande dificuldade de acesso aos direitos básicos de qualquer cidadão brasileiro, como saúde, educação, trabalho e lazer. Não devemos ignorar que a realidade brasileira é completamente diferente hoje em dia, do que era vivido séculos atrás. Mesmo com o anseio de manter sua língua, cultura e tradição, muitas etnias estão cada vez mais próximas do convívio social globalizado. Este conflito cultural também é levado em consideração, quando se trata do índice de suicídio de indígenas.

6. Conclusão

Dada a grande importância da preservação cultural e étnica, é preocupante a dificuldade enfrentada para a regulamentação desses territórios demarcados para a proteção da FUNAI – o agronegócio possui uma forte demanda por terras férteis, que possibilitam um maior aproveitamento da agricultura e da pecuária para fins comerciais.

É ignorado o fato de que, com a proteção às Terras indígenas, também é protegida a riqueza dos biomas nacionais, principalmente o bioma Amazônico, que possui uma grande diversidade vegetal e animal, além de abrigar a maior bacia hidrográfica do mundo. Há também uma grande riqueza cultural, que seria preservada com a valorização das etnias.

Deve-se priorizar a demarcação dessas terras para que as diversas etnias indígenas tenham seus direitos assistidos, e de certa forma, haja uma reparação dos diversos danos às suas culturas, causados durante e

após o período colonial. Assistir esses humanos com seus direitos é obrigação do Estado brasileiro.

Sendo o Brasil um país democrático, este deve cumprir com o que está determinado em sua constituição e caminhar para firmar-se como um país pluriétnico, que respeita sua diversidade e luta para uma verdadeira igualdade social.

Referencial

Amazônia Real. **Comissão da Verdade:** Ao menos 8,3 mil índios foram mortos na ditadura militar. 2014. Disponível em: <<http://amazoniareal.com.br/comissao-da-verdade-ao-menos-83-mil-indios-foram-mortos-na-ditadura-militar/>>. Acesso em 21 de Junho de 2019.

Brasil de Fato. Disponível em: <<https://www.brasilefato.com.br/2018/09/24/taxa-de-suicidios-entre-indigenas-e-tres-vezes-superior-a-media-do-pais/>>. Acesso em 21 de Junho de 2019.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 21 de Junho de 2019.

EBC. **Estudos demonstram a importância dos indígenas na manutenção de florestas** – disponível em: <<http://www.etc.com.br/noticias/meio-ambiente/2015/11/estudos-demonstram-importancia-dos-indigenas-na-manutencao-de>>. Acesso em 01 de setembro de 2019.

EL PAÍS. **Por que os indígenas são a chave para proteger a biodiversidade planetária** – disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/07/politica/1557255028_978632.html> Acesso em 01 de setembro de 2019.

Estatuto do Índio. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>. Acesso em 21/06/2019.

Fundação Nacional do Índio. **Demarcação de Terras Indígenas** – disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas?start=1#.>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

Fundação Nacional do Índio. **Fernando Melo assume interinamente a presidência da Fundação Nacional do Índio** – disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/5498-fernando-melo-assume-interinamente-a-presidencia-da-fundacao-nacional-do-indio>>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

IPAM AMAZÔNIA. **A Importância das Florestas em Pé** – disponível em: <<https://ipam.org.br/cartilhas-ipam/a-importancia-das-florestas-em-pe/>>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

PIB SOCIOAMBIENTAL. **Índios e o Meio Ambiente** – disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/%C3%8Dndios_e_o_meio_ambiente>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

PIB SOCIOAMBIENTAL. **Modos de Vida** – disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Modos_de_vida>. Acesso em: 31 de agosto de 2019.

PLANALTO – disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2017/abril/constituicao-consagra-direito-indigena-de-manter-terras-modo-de-vida-e-tradicoes>>. Acesso em 21 de Junho de 2019

Povos Indígenas no Brasil – disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/Demarca%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

Poder 360. **Bolsonaro fala em rever terras indígenas demarcadas**. 2019. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/governo/bolsonaro-fala-em-rever-terras-indigenas-demarcadas/>>. Acesso em 31 de agosto de 2019.

SUED, Lucas. **Os conflitos acerca da demarcação de terras indígenas, 2015** – disponível em: <<https://suedlucas.jusbrasil.com.br/artigos/203413790/os-conflitos-acerca-da-demarcacao-de-terras-indigenas>>. Acesso em 21 de junho de 2019.

WWF. **Mudanças no comando da Funai comprometem demarcações e política indígena**. 2019 – disponível em: <https://www.wwf.org.br/informacoes/noticias/meio_ambiente_e_natureza/?71642/Mudancas-no-comando-da-Funai-comprometem-demarcacoes-e-politica-indigena>. Acesso em 31 de agosto de 2019.

Criminalização de movimentos sociais

Um “viva” à morte da universidade? Pois que aplaudam o nascimento da ignorância

*Tháila dos Santos Borges*¹

1. Introdução

O ataque as universidades públicas têm se tornado um fato do cotidiano, pois é inquestionável a necessidade do Governo de abalar essas instituições, que são o polo de produção intelectual e científica, com o objetivo claro de desestruturar as bases dos movimentos sociais e podar os focos de discussão política. Nessa via, a perpetuação de desmonte do que é público e perante sucessivas e reiteradas tentativas de privatização, com a justificativa governamental de diminuição de sobrecarga econômica do poder estatal, vislumbra-se, claramente, uma necessidade de analisar o panorama por trás do que é levado à público, visto que a simples privatização do ensino superior não bastaria para “salvar” o Estado de uma crise econômica.

Isto posto, deixa explícito a finalidade de alcançar um panorama histórico acerca do tema e procurar montar uma base para comprovar o sucateamento das universidades, pois afeta a organização dos movimentos sociais, tornando-os mais vulneráveis à criminalização.

¹ UNEB, borgesthaila8@gmail.com.

2. Panorama histórico acerca da educação superior

A máxima “é necessário estudar o passado, para entender o presente”, urge imprescindível para fundamentação do corrente artigo. Historicamente, o Brasil vivenciou diferentes momentos na dinâmica educacional, ainda no final do século XX o ensino médio se dividia em duas vertentes: uma, de preparação para a universidade e, outra, profissionalizantes voltada ao ensino técnico. De logo, a primeira vertente supracitada tinha maior adesão da classe média e alta, já a segunda por ter um caráter terminativo, a fim de já qualificar, no sentido de agilizar a inserção do jovem no mercado de trabalho, ficava para as classes trabalhadoras, as quais não podiam manter o mesmo patamar das outras.

Não obstante, a carga até aqui construída já não favorece o jovem brasileiro, uma vez que a classe baixa é maioria no Brasil, portanto a Universidade já era em sua grande parcela dominada pela elite minoritária no país, sendo assim, a educação já não era igualitária.

Nesse diapasão, a universidade pública apresentada no decorrer século XXI, segue, ainda, sendo elitizada, mas de uma forma mais amena, já que as políticas públicas voltadas ao acesso à educação fizeram implementar as cotas, essas que ajudaram os menos favorecidos à adentrarem os muros das universidades com base na isonomia. É importante salientar que as discussões sobre a privatização da universidade pública ficaram mais forte e constantes quando as forças dominantes dos poderes notaram que a universidade já não era somente do aluno elitista, então há também uma tentativa de sabotagem às classes menos favorecidas, conjuntura essa que não deixa de afetar negativamente a organização dos movimentos sociais.

Então, é possível aferir que o Estado, em seus variados âmbitos, tem mantido a educação nos padrões do sistema dominante que; privilegia as classes sociais mais abastadas, em detrimento da oferta igualitária de oportunidade aos indivíduos mais vulneráveis socialmente. Estes estão apartados dos recursos mínimos da educação como diferencial para ar-

gumentações e discussões concernentes aos direitos sociais, em outras palavras, silencia-se a voz dos não abarcados pelo Estado, na perspectiva de não protegidos como deveriam, pela omissão, pela não informação e pelo cerceamento de acesso aos seus direitos sociais.

Nesse ínterim, atualmente, a universidade pública tem a qualidade de difundir diferentes saberes que vão além do mundo acadêmico, pois tem o encontro de diversas classes sociais, fato esse que fomenta o debate acerca da desigualdade, a qual é pautada no centro dos movimentos sociais, consequentemente, é mais fácil desenhar a perspectiva dos movimentos sociais dentro das universidades quando se atenta à própria disposição da mesma.

3. A existência dos movimentos sociais no Brasil e sua importância

É importante frisar a importância da cultura na formação da identidade de um movimento social. Mesmo que os movimentos sociais sejam permeados por um cenário de lutas, conflitos, já que sua origem se encontra nos contornos de uma sociedade classista com interesses e visões antagônicas, sem mencionar as ideologias e valores diferentes e subjetivos. Entende-se que por se tratar de grupos, os quais utilizam a luta para galgar uma sociedade mais isonômica, a análise sobre os movimentos sociais não pode ser separada da análise de classe social, em contrapartida, é mister que não se equipare a concepção de luta dos movimentos sociais com a luta entre classes, em razão dos movimentos sociais serem muito maiores em ideais que cerceá-los para um determinado eixo de luta seria incongruente.

Análise histórica dos movimentos sociais no Brasil

Os movimentos sociais no Brasil são desenhados, historicamente, desde o Brasil Colônia tendo como objetivo combater a dominação e a exploração econômica, mas como o recorte do presente artigo tem um

enfoque no cenário atual, faz-se aqui uma breve retrospectiva do desenrolar dos movimentos sociais no Brasil, pois é necessário conhecer o passado, a fim de compreender o desenrolar do presente e fazer previsões para o futuro, no sentido de entender o que pode ou não acontecer e não ficar simplesmente emerso ao acaso.

À vista disso, Maria da Glória Gohn faz uma rápida linha do tempo, citando os acontecimentos mais marcantes do século XX, como relatado:

A maioria das lutas e movimentos no Brasil Colônia foi empreendida por negros escravos e pela plebe, vulgo "ralé". Eram os indivíduos pobres e livres. A categoria "povo" na época colonial era dada aos comerciantes e artesãos. No topo da pirâmide social estavam os senhores de engenho, os militares e funcionários graduados e o clero. Eles eram seguidos pelos lavradores, grandes mercadores e artesões. Os pobres livres eram os penúltimos, pois os últimos eram os cativos, os escravos. Eis uma lista das lutas mais famosas no Brasil Colônia e na fase do Império: Zumbi dos Palmares (1630-1695), Inconfidência Mineira (1789), Conspiração dos Alfaiates (Minas, 1798), Revolução Pernambucana (1817), Balaiada (Maranhão, 1830-1841), Revolta dos Malés (Bahia, 1835), Cabanagem (Pará, 1835), Revolução Praieira (Pernambuco, 1847-1849), Revolta de Ibicaba (Estado de São Paulo, 1851), Revolta de Vassouras (Estado do Rio, 1858), Quebra-Quilos (Pernambuco, 1873), Revolta Muckers (Rio Grande do Sul, 1874), Revolta do Vintém (Rio de Janeiro, 1880), Canudos (Bahia, 1874-1897, massacrada pelas forças da República).

No início deste século a questão social mudou com o advento da República e com a substituição da mão-de-obra escrava pela assalariada, composta massivamente pelos imigrantes. As classes dominantes eram as mesmas elites agrárias vinculadas à burguesia inglesa, hegemônica no período. Mas o modo de produção se altera com a incipiente industrialização e a formação de um proletariado urbano. Com ele surgem as organizações de luta e resistência dos trabalhadores expressassem ligas, uniões, associações de auxílio muito etc. [...]

O golpe militar de 1964 pôs fim a um ciclo de mobilização e organização popular. Entre 1964 e 1969 os movimentos de resistência foram poucos. No meio industrial ficaram famosas as greves de Contagem (MG) e Osasco (SP). Os estudantes, influenciados pela conjuntura nacional e internacional - principalmente o Maio de 68 na França e a política cultural maoísta na China - entraram para a história como novos atores em cena, naquele período. O Estado redefiniu suas leis e criou novos aparelhos burocráticos de controle. O

Ato Institucional nº 5, de dezembro de 1968, cassando e punindo pessoas e estabelecendo severas restrições aos direitos sociopolíticos dos cidadãos, foi o ponto culminante de uma era de medo, repressão e violação dos direitos humanos, comandada por regimes militares que se espalharam por toda América Latina. (GOHN, 2000, pág. 15-16)

Análise do contexto atual dos movimentos sociais

Nessa perspectiva, o marco de retorno do engajamento à todo vapor dos movimentos sociais é o ano 2000, no sentido político, visto que as últimas décadas tinham interrompido a ação dos movimentos sociais na política nacional. Há um redesenhar de objetivos e lutas, devido ao contexto contemporâneo, é vultoso citar que a atual concepção de “identidade” influencia diretamente na composição dos movimentos sociais, tendo à vista o mencionado por Stuart Hall:

Uma vez que a identidade muda de acordo com a forma que o sujeito é interpelado ou representado, a identificação não é automática, mas pode ser ganhada ou perdida. Ela tornou-se politizada. Esse processo é, as vezes, descrito como constituindo uma mudança de uma política de identidade (de classes) para uma política de diferença (HALL, 2006, pág.21)

Assim sendo, o engajamento político dos movimentos sociais tem base nas transformações de identidades da sociedade e se mobilizam através da concepção da mesma. Como a busca por direitos não é linear e as identidades também estão em crise, os movimentos sociais contam com a resiliência, a fim de se perpetuarem no cenário nacional, tendo os distintos eixos de luta, face à dificuldade da população ser ouvida pelos governantes.

4. A educação pública superior

A educação brasileira é um precipício, do qual apenas privilegiados economicamente conseguem obter uma educação básica de qualidade, ao passo que as universidades públicas são seletivas e mesmo com as políti-

cas públicas, que visam a inclusão dos menos favorecidos, não são suficientes, tendo por base uma sociedade que em parcela majoritária não possui condições de custear a educação. Portanto, é justa uma análise da seguinte assertiva:

Como corolário da exclusão produzida pela sociedade e pelo Estado, sobrevém a autoexclusão: os jovens excluídos dos bens comuns acabam, muitas vezes, internalizando, ao longo de suas trajetórias estudantis, a ideologia de que a exclusão é natural e de que é natural que eles se incluam entre os excluídos sociais. Interiorizam que, na melhor hipótese, teriam capacidades intelectuais e econômicas e, eventualmente, algum direito de frequentarem tão somente os cursos mais acessíveis, menos seletivos e de baixo prestígio, aqueles que lhes abririam mais possibilidades de aprovação, embora sem nenhuma garantia de que venham a alcançar os empregos mais valorizados. (SOBRINHO, 2010, p. 1.230).

O que se observa na defesa de Sobrinho é que o jovem vulnerável fica exposto à todas as violências sociais, inclusive a exclusão no âmbito educacional é degradante devido à todas as consequências objetivas, à exemplo da não qualificação profissional o que deixa o jovem sem atingir as exigências do mercado de trabalho e, as consequências subjetivas como a ideia de marginalização e autoexclusão. Não obstante, consoante Paulo Freire (2013):

Em relação à questão da democracia, é preciso muito mais, é preciso democratizar a universidade por dentro e por fora. É preciso que um maior número de trabalhadores tenham acesso à universidade, mas também as relações internas da universidade precisam ser democratizadas. Não basta eleger os dirigentes. Às vezes, nos apegamos a um certo ritualismo mecânico e não avançamos na democratização das relações entre os diferentes segmentos da universidade. As relações entre professores e alunos precisam ser, de fato, relações educativas, dialógicas. (FREIRE, 2013, p. 199)

Dessarte, Paulo Freire identificou que a expansão do acesso ao ensino superior não atingiu o nível ideal e está longe do mesmo. Ainda assim, as atribuições de avanço no contexto educacional não são de mérito ex-

clusivo das políticas neoliberais, mas sim, resultado da conquista de grupos sociais em busca da igualdade de direitos, grupos assistidos pelos movimentos sociais. Então, aqui fica evidente o papel dos movimentos sociais como veículos de efetivação de demandas populacionais.

5. A universidade em consonância com os movimentos sociais

A ideia de universidade popular está no imaginário dos movimentos sociais, que fomentam os espaços de difusão de saberes, não bastando o ensino fazendo necessário englobar os outros dois pilares formadores da universidade, quais sejam a pesquisa e a extensão, que estão diretamente ligados ao envolvimento com a comunidade e ao oferecimento de um local para que essa comunidade possa debater suas demandas e, quando preciso, ir à luta, pois esse é o papel do movimento social. Tudo isso indica uma apropriação e uma ressignificação do termo “universidade”. Nesse ângulo, a troca de saberes entre universidade e movimentos sociais pode corroborar para uma formação ampla, isso também pode ser somado aos saberes acumulados que foram sonogados, descaracterizados ao longo do tempo como aponta a “sociologia das ausências” definida por Santos (2006).

Tendo vista a sociologia das ausências disposta por Santos (2006), verifica-se que ocorre uma transformação dessas ausências em presenças, no momento em que a universidade pública e os movimentos sociais realizam uma troca interativa da cultura e conhecimento da população—considerado muitas vezes como insuficiente e sem validade, por conta de uma sociedade ostracista, com o conhecimento científico e não-científico.

As infinitas funções sociais atribuídas aos movimentos sociais passam pelo ramo da educação, tanto no sentido de educar e formar cidadãos críticos que participem ou respeitem as causas debatidas pelos indivíduos vulneráveis, quanto na perspectiva na luta para construção da Educação, uma vez que estão na luta em defesa da educação e da igualdade no oferecimento da mesma para indivíduos que abarcam valores e

culturas excepcionais. No âmbito social, político e cultural as ações dos movimentos sociais efetivam resultados.

No contexto dos movimentos sociais, a importância da educação é incontestável, especialmente quando a questão é a formação de cidadãos desvinculados do senso comum e idealizadores de um pensamento crítico sem entraves com a alienação. Dessa maneira, Gohn registra sua opinião político-pedagógica como base para fundamentar a necessidade da educação no âmbito dos movimentos sociais:

Aprende-se a não ter medo de tudo aquilo que foi inculcado como proibido e inacessível. Aprende-se a decodificar o porquê das restrições e proibições. Aprende-se a acreditar no poder da fala e das ideias, quando expressas em lugares e ocasiões adequadas. Aprende-se a calar e a se resignar quando a situação é adversa. Aprende-se a criar códigos específicos para solidificar as mensagens e bandeiras de luta, tais como as músicas e folhetins. Aprende-se a elaborar discursos e práticas segundo os cenários vivenciados. E aprende-se, sobretudo, a não abrir mão de princípios que balizam determinados interesses como seus. Ou seja, elaboram-se estratégias de conformismo e resistência, passividade e rebelião, segundo os agentes com os quais se defronta (GOHN, 2009, p. 19).

Nessa lógica, como prega-se na construção do presente artigo a ideia de universidade como espaço de troca de conhecimento e local de ampliação do campo do conhecimento, vale salientar que os compartilhamentos entre movimentos sociais e universidade podem enquadrar ganhos reais para todos os envolvidos tanto estudantes, bem como sujeitos inseridos no centro dos movimentos sociais. Assim, a universidade pública reinventa-se com base no saber palpável, abandona-se o imaginário de teorias, ainda mais no ramo do direito, o qual está permeado de “dever ser”, ao passo que a vida dos indivíduos ultrapassa os limites das teorias, em razão do real entrar em choque com a mera produção acadêmica, a possibilidade de transformações nas instituições, à fito de incorporar esse compartilhamento como algo positivo, pois a eliminação da alienação somado à identificação do poder de cegar a população por parte do Governo fomenta uma alavanca no processo de conhecimento.

Nessa via, os debates desenvolvidos pelos movimentos sociais dentro das universidades aumentam a consciência crítica dos envolvidos. Como versa Alves-Mazzotti:

Nas sociedades modernas, somos diariamente confrontados com uma grande massa de informações. As novas questões e os eventos que surgem no horizonte social frequentemente exigem por nos afetarem de alguma maneira, que busquemos compreendê-los, aproximando-os daquilo que já conhecemos, usando palavras que fazem parte de nosso repertório. Nas conversações diárias, em casa, no trabalho, com os amigos, somos instados a nos manifestar sobre eles procurando explicações, fazendo julgamentos e tomando posições. Estas interações sociais vão criando “universos consensuais” no âmbito dos quais as novas representações vão sendo produzidas e comunicadas, passando a fazer parte desse universo não mais como simples opiniões, mas como verdadeiras “teorias” do senso comum, construções esquemáticas que visam dar conta da complexidade do objeto, facilitar a comunicação e orientar condutas. Essas “teorias” ajudam a forjar a identidade grupal e o sentimento de pertencimento do indivíduo ao grupo. (MAZZOTTI, 1994, pag.78).

Assim, o autor entende a representação social a partir de uma visão individual para uma social e pelo posicionamento e localização da consciência subjetiva nos espaços sociais, onde o fenômeno do cotidiano se produz num determinado contexto social. O indivíduo, ator participante da coletividade, se apropria da produção coletiva acerca de determinados valores sobre os quais a coletividade criou uma ideia comum. Por esse segmento, os movimentos sociais tendem a atingir causas justas, a exemplo do movimento feminista, do movimento LGBT e do movimento negro, pois buscam moldar a sociedade em busca de igualdade, já que precisam lutar pela mesma, visto que, indubitavelmente, estão desfavorecidos frente a uma sociedade machista, LGBTfóbica e racista. Não obstante, o versado pela redação do art. 220 da Constituição Federal é “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição...”. Portanto, é legítimo que dentro das universidades haja debates políticos e que os movimentos

sociais transpareçam suas ideologias sem embargos da lei e que, ao contrário, possam fazê-lo com a garantia de proteção dela.

6. Os movimentos sociais como instrumentos para promoção do direito à educação

O direito à educação é uma garantia constitucional como previsto no art. 205 da Constituição Federal, sendo assim, é papel do Estado assegurar acesso à educação de forma igualitária e de qualidade. Nesse sentido, os movimentos sociais, que tem por objetivo organizar-se politicamente para lutar por demandas da sociedade, principalmente das minorias. Os movimentos sociais, portanto, são unidades que buscam a integralidade do cumprimento de garantias. Nessa perspectiva, consoante Afonso Celso Scocuglia (2006), a pedagogia de Freire carrega a dialética da totalidade e das contradições, aderindo uma quebra capaz de conectar caminhos antropológicos, sociológicos, filosóficos, teológicos, políticos e epistemológicos com os caminhos educativos e pedagógicos. Esses caminhos são traçados no edifício teórico elaborado no decorrer da obra de Paulo Freire: “a nosso ver, um pensamento marcado por dois grandes „polos de irradiação” (inseparáveis): um predominantemente psico-pedagógico e outro radicalmente político-pedagógico” (SCOCUGLIA, 2006, p. 95). Nesse ínterim, os movimentos sociais tornam-se mecanismos para assegurar a garantia constitucional relacionada ao acesso às conquistas pleiteadas, as quais deveriam ser dever do Estado, porém a realidade choca-se com a teoria, logo os deveres estatais não são eficazes no plano real, tendo-os como meros amontoados de letras frente uma Constituição, a qual sem a mobilização não é levada à feito. Dessa maneira, é mais uma premissa afirmativa acerca da promoção do direito à educação, por meio dos movimentos sociais. É, também, inenarrável a necessidade da existência dos movimentos sociais para promoção da dignidade humana, que é um princípio constitucional e que quando interpretado a lato sensu entende-se que para ter uma vida digna são

necessários fatores básicos e um deles é a educação, já que não há dignidade se não houver condições do mínimo existencial. Sendo assim, os movimentos sociais promoverem ações que cobram o acesso das minorias aos sistemas educacionais, com destaque para o ensino superior público tem ligação direta no âmbito da dignidade humana.

Quando o assunto é proletariado e indivíduos vulneráveis socialmente, para os quais a educação tem o dever de trazer-lhes a mudança de vida, Paulo Freire entende que o real está acompanhado pela condição humana que dá nexos ao próprio existir, como menciona abaixo:

[...]somente os seres que podem refletir sobre sua própria limitação são capazes de libertar-se desde, porém, que sua reflexão não se perca numa vaguidade descomprometida, mas se dê no exercício da ação transformadora da realidade condicionante. Desta forma, consciência de ação sobre a realidade são inseparáveis constituintes do ato transformador pelo qual homens e mulheres se fazem seres de relação. A prática consciente dos seres humanos, envolvendo reflexão, intencionalidade, temporalidade e transcendência, é diferente dos meros contatos dos animais com o mundo (FREIRE, 2002, p. 78).

De logo, a expressão “no exercício da ação transformadora” supracitada, poderá ser interpretada de maneiras distintas, uma dessas maneiras por nós recortada é: seria possível os direitos serem alcançados sem a mobilização direta da população? Acreditamos que não, então, tem-se que a mobilização, principalmente socialmente organizada enquadrada no âmbito dos movimentos sociais deixa explícita a condição dos movimentos como meio imprescindível para estruturação das massas e para que as minorias sejam ouvidas, seriam os movimentos sociais a fonte da “ação transformadora” seriam eles veículos para obtenção de direitos.

7. Dados referentes ao sucateamento das universidades

Nesse ínterim, segundo Boaventura de Sousa Santos “a aposta é a metáfora da construção precária, mas minimamente credível, da possibilidade de um mundo melhor, ou seja, a possibilidade de emancipação

social [...]”(SANTOS, 2009, p.475). Então, a “aposta” seria a educação, visto que é a base do futuro, de desejos de mundos realizáveis e melhores, já que educar significa formar para a sociedade que almejamos. À medida que os movimentos sociais são agentes de emancipação social, em outras palavras, acreditam que é concebível transformar a realidade arbitrária. Então, é notório que um possível derrubamento das universidades impactaria diretamente na organização e projeção de movimentos sociais. Como, por exemplo, com base em dados do portal de notícias G1 “em abril de 2017, o governo federal anunciou um contingenciamento [...] No Ministério da Educação, o corte foi de R\$ 4,3 bilhões, dos quais R\$ 3,6 bilhões em despesas diretas da pasta” (G1 Brasília, 2017). À vista disso, o boicote é indiscutível.

Soma-se a isso, dados mais recentes do portal de notícias G1 “O Ministério da Educação (MEC) bloqueou, no final de abril, uma parte do orçamento das 63 universidades e dos 38 institutos federais de ensino” (G1 Brasília, 2019). Nesse sentido, a quebra no crescimento das universidades tem ligação direta com os cortes orçamentários, visto que a gestão de 2019, já não é a mesma de 2017, mas ambos os governos seguem a linha de corte na educação, pois a enxerga como gasto, ao passo que deveria ser clara a visão de que proporcionar educação é um investimento. De logo, o Governo Bolsonaro, o qual não prioriza o tocante à educação, fato esse que sucateia a educação superior pública, cerceia a possibilidade do jovem vulnerável de adentrar o espaço de disseminação de conhecimento técnico, que é imprescindível para o mercado de trabalho, sob essa verificação, todos os setores da produção são afetados pelos cortes na educação, haja vista que se torna um ciclo, no qual sem educação, sem emprego, na mesma via, sem condições para manter uma vida digna.

8. Correlação dos dados com a criminalização dos movimentos sociais

Não obstante, tendo como base os dados supracitados a criminalização dos movimentos sociais por parte da sociedade, cuja parcela

significativa torna-se facilmente colonizada por discursos de ódio daqueles que desejam manter práticas consideradas nocivas, as quais esses mesmos movimentos sociais lutam para mudar. Entrementes, as criminalizações aos movimentos sociais tendem a enfraquecer a luta por causas justas. Enfraquecimento que é ainda agravado com os ataques às universidades, que ocorrem sob os auspícios do fenômeno da despolitização geral, que considera que os debates políticos que acontecem dentro desses espaços podem trazer algum tipo de prejuízo para a população. Em contrapartida, as universidades são espaços democráticos e nelas deve haver todos os tipos de discussão, independente de caráter político, posto que seu desígnio é a formação crítica dos seus integrantes, cabendo a essas pessoas decidir qual ponto de vista seguir após conhecer todos os possíveis.

9. Considerações finais

Desta forma, pode-se concluir que, os cortes de verba do governo para com a educação pública (principalmente a superior), em consonância com os constantes ataques públicos na mídia com intuito de banalizar, desmerecer e criar uma imagem negativa das universidades perante a sociedade, promovidos por aqueles que deveriam defendê-las e incentivá-las, deixam claro que, mais do que nunca, os estudantes e apoiadores dessas instituições devem unir-se e lutar para que esses centros de produção e democratização do saber sobrevivam a essa repugnante tentativa de homicídio.

A busca pela qualidade do ensino brasileiro deve ser contínua e sair do comodismo que permeia a sociedade e, isso os movimentos sociais exercem com brilhantismo, aqueles que acreditam no resgate do desenvolvimento educacional devem unir-se, pois em momentos de crise os extremismos recriam mazelas de pensamentos, portanto, cabe aos que querem a mudança se mobilizarem em favor da mesma.

Os movimentos sociais são o “grito” do povo que já não tolera mais a vulnerabilidade, que almeja o sucesso, que já não mais se conforma com o pouco e que luta, não para atingir o mais elevado patamar social, entretanto, para ascender socialmente, as camadas vulneráveis já não toleram mais serem tachados de “câncer social” pela elite ostracista e estratificada, querem ter voz frente ao Estado e ao seu modo de manutenção.

Referências

FREIRE, Paulo. **Ação Cultural para a liberdade**. E outros escritos. 10 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

FREIRE, Paulo. **Cartas a Cristina**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013

G1 de Brasília, 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/veja-o-impacto-do-corte-de-verbas-em-universidades-e-institutos-federais-de-14-estados.ghtml>

G1 de Brasília, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/educacao/noticia/2019/05/15/entenda-o-corte-de-verba-das-universidades-federais-e-saiba-como-sao-os-orcamentos-das-10-maiores.ghtml>

GOHN, Maria da Glória. **O protagonismo da sociedade civil**: movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006. (Coleção Para um Novo Senso Comum, v. 4).

SCOCUGLIA, Afonso Celso. **A História das Idéias de Paulo Freire e Atual Crise de Paradigmas**. 5. ed. João Pessoa: Ed. Universitária / UFPB, 2006.

SOBRINHO, José Dias. **Democratização, Qualidade e Crise da Educação Superior**: Faces da Exclusão e Limites da Inclusão. Revista Educação e Sociedade, Campinas, v. 31, n. 113, p. 1223-1245, out./dez. 2010.

Criminalização do movimento estudantil: os 20 de Camaçari

Rafael Bomfim Souza

1. Introdução

As ocupações das ruas, praças, prédios, escolas e universidades, praticadas pelos movimentos sociais como meio de reivindicar pautas, conforme aponta Magalhães (2013), são ações políticas que, apropriando-se da palavra público, buscam a dimensão da cidade, acreditando que suas ideias não podem ficar reservadas aos espaços privados da vida. Tais ações sempre foram utilizadas pelo movimento estudantil brasileiro desde a década de 40, quando então surge a União Nacional dos Estudantes, até os dias atuais. Grandes exemplos recentes são as ocupações estudantis que tomaram conta do Brasil em 2015 e 2016.

Levando em conta essas mobilizações e ocupações estudantis, é que esse texto vem com o objetivo de mostrar como uma ocupação estudantil em um campus do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia-IFBA, em meio a um ambiente escolar hostil e autoritário, levou a abertura de um processo administrativo disciplinar (PAD) contra mais de 50 estudantes, resultou na punição de 19 e ficou marcado como um dos mais graves casos de criminalização do movimento estudantil no estado da Bahia no período recente. Aqui mostraremos como esse PAD, repleto de nulidades e vícios, se revelou uma construção jurídica fraudulenta que tinha o objetivo de retaliar e criminalizar os que se mobilizavam dentro da escola.

Para isso, faremos uma contextualização da realidade política do IFBA campus Camaçari, mostrando o que levou a ocupação estudantil em fevereiro de 2015, e como esse processo era nada mais do que a representação burocrática de uma política escolar repressora com os estudantes militantes. Aqui, aprofundando a análise feita por Souza e Santos (2018) em artigo sobre o caso, iremos detalhar os passos do processo administrativo e como ele foi instrumento de criminalização do movimento estudantil.

2. Escola sem democracia e sem diálogo: o contexto do IFBA Camaçari

As eleições para Reitoria e Direção dos campi do IFBA ocorridas em 2013 demarcou a forte polarização política entre o grupo que dirigia a instituição nos últimos anos e o grupo de oposição que combatia as práticas personalistas e autoritárias dentro do IFBA. No campus Camaçari as coisas caminharam da mesma forma, com a maioria dos alunos declaradamente apoiando o grupo da oposição. Tal apoio rendeu ao movimento estudantil graves consequências. O fato de se colocar junto à oposição e de fazer o enfrentamento no campus colocou os estudantes como alvo da gestão que, a partir daquele momento, buscaria a todo custo perseguir as principais lideranças do movimento estudantil do IFBA. Assim, logo após a eleição, uma professora que ocupava cargo na gestão pediu a abertura de processo contra algumas alunas que, segundo ela, haviam ofendido ela em redes sociais durante a eleição.

Seguindo nessa mesma linha de perseguir os “opositores”, a gestão do IFBA tentou colocar na conta das lideranças do movimento estudantil, que também atuavam no grêmio estudantil, as implicações da festa “baile de máscaras” que havia ocorrido na escola e foi organizada por estudantes que não era militantes, não eram do grêmio, mas tinham fortes relações com a gestão escolar (SOUZA E SANTOS, 2018).

A ânsia por retirar do caminho aqueles que poderiam impedir o bom andamento da gestão do campus Camaçari, da forma como vinha sendo feita pelo mesmo grupo político desde a fundação da unidade em

2007, fez com que a gestão, num ato ilegal, arbitrário e sem nenhum diálogo, interditasse a sala do grêmio com todos os pertences da entidade dentro do local e determinasse a abertura de um processo para apurar as questões ocorridas durante a festa supracitada. A interdição a sala do Grêmio representou, para os estudantes, o fim de um espaço que proporcionasse refúgio ao desgaste constante do ambiente escolar. Por ser um espaço de uso comum da comunidade estudantil, o fechamento da sala impediu o acesso a aparatos necessários do cotidiano discente, tais como a impressora adquirida e usada por estudantes e material artístico.

Para além disso, o clima de falta de diálogo entre gestão, professores e estudantes ia além da sala de aula e da relação Direção-Grêmio. A escola, dirigida por pessoas com perfil ultraconservador, não sabia conduzir diálogo com outros grupos que atuavam na escola, à exemplo do coletivo feminista Maria Baderna, criado pelas estudantes do campus, e que pautavam igualdade nas relações escolares e sociais. As “meninas do Maria Baderna” também acabaram sendo vítimas da estrutura de retaliação que se instaurou no IFBA Camaçari (SOUZA, CHATES E SANTOS, 2018).

Esses são alguns elementos que mostram como funcionavam as relações no IFBA Camaçari, onde os princípios da gestão democrática eram ignorados e substituídos por imposições, ações autoritárias, ausência de diálogo, de democracia, de participação, de transparência, pouco fazer pedagógico-educativo e muito do caráter punitivo que demonstram a persistências das marcas ditatoriais no modelo de educação escolar que vemos hoje em diversos ambientes.

3. O processo administrativo e os “20 de Camaçari”: o pad como instrumento burocrático de criminalização

Como meio de reivindicar a reabertura da sala do grêmio estudantil primavera nos dentes do IFBA campus Camaçari, os estudantes do campus, após a recusa da direção de se reunir para discutir o tema, realizaram, dia 04 de fevereiro de 2015, uma manifestação e uma ocupa-

ção pacífica (BRASIL, 2019a; BRASIL, 2019b) na sala da direção geral do campus, pautando a reabertura da sala do grêmio. Num ato de despreparo pedagógico, a gestão do campus solicitou formalmente, através de abaixo-assinado de alguns poucos servidores lotados no campus, a intervenção da Reitoria.

O fruto dessa intervenção foi a abertura de um processo administrativo disciplinar contra todos os alunos envolvidos no ato, através da constituição de uma comissão de sindicância composta por 7 docentes do campus Camaçari que eram alinhados à gestão e 5 servidoras da reitoria. A partir daí se iniciaria todo um processo de perseguição, desarticulação e repressão dentro do campus. A comissão, sempre em tom inquisitivo, formulava questões, durante as oitivas dos estudantes, que levassem os estudantes a se auto incriminarem.

Na visão de um dos estudantes processados e posteriormente punido no processo, conforme Souza e Santos (2018) trazem, é possível notar o clima vivido, na época, na escola e como as coisas foram encaminhadas durante a tramitação do processo administrativo:

“A experiência da perseguição realizada pela gestão do IFBA Campus Camaçari (e posteriormente, por grupos ligados à reitoria) foi antes de tudo extenuante. Não bastasse o cansaço psicológico e físico inerentes à rotina intensa que é padrão para a maior parte dos Institutos Federais, toda a pressão causada por esses processos disciplinares - onde “ironicamente”, o aprendizado foi deixado de lado e sequer houve uma discussão com a comunidade estudantil sobre o ocorrido - só contribuíram para tornar aquele ambiente mais opressor do que ele naturalmente é” (Relato do Estudante 01, suspenso por 10 dias).

O processo objeto deste estudo teve sua condução à margem da lei. A comissão, ao invés de apontar as supostas infrações praticadas pelos alunos e intimarem os mesmos a apresentarem defesa escrita, simplesmente conduziu as oitivas e, após, preparou o relatório final indicando a expulsão de 5 estudantes e a suspensão de outros 14. Tal sugestão foi acatada pelo Reitor do IFBA, ouvida a Procuradoria Federal da Advocacia-

Geral da União junto ao IFBA, que em parecer emitido referendou o procedimento e avalizou as sanções. Coube aos estudantes a articulação, por conta própria, de buscar meios jurídicos para reverter as sanções. Seguindo normas próprias da escola e com a ajuda de algumas docentes, apresentaram recurso administrativo com efeito suspensivo, que deveria ser analisado pelo Conselho Superior do IFBA-CONSUP. Enquanto o recurso tramitava, buscaram duas vias para a revogação das sanções: a política e a jurídica.

Na via política, capitanearam a criação de frente ampla em defesa dos estudantes perseguidos composta por mais de 40 (quarenta) movimentos sociais, coletivos, partidos políticos e entidades de classe. Na via jurídica, buscaram a Defensoria Pública do Estado da Bahia através da então ouvidora-geral Vilma Reis, que encaminhou os estudantes para a Defensoria Pública da União (DPU) por se tratar de questão envolvendo órgão público integrante da administração pública federal.

A partir da provocação, a Defensoria entrevistou no caso extrajudicialmente protocolando, junto ao IFBA, um requerimento de anulação do PAD e, por consequência, das sanções. No requerimento, argumentou Defensoria, que o procedimento administrativo possuía vícios insanáveis, representando uma afronta ao Código Disciplinar Discente e aos princípios da legalidade, do direito à ampla defesa e do contraditório. Relacionou as violações a tais princípios: obrigação de prestar compromisso legal, advertência de que não poderiam faltar com a verdade; embaraço causado ao direito de vista dos autos; ausência de citação e de defesa escrita e ausência de individualização de condutas.

Aduziu a DPU que a primeira violação ao princípio da ampla defesa encontrava-se nas declarações prestadas pelos estudantes perante comissão de sindicância. Isto porque, como se pode extrair dos termos de oitiva dos acusados, os estudantes foram obrigados a prestar o compromisso legal e foram advertidos que não deveriam faltar com a verdade sob pena de incorrerem no crime de falso testemunho. Além disso, apontou que era fácil constatar, no processo administrativo, que houve

uma confusão entre as fases procedimentais. Isto porque, malgrado tenha sido instaurada a sindicância/inquérito para, inicialmente, apurar a existência de atos puníveis, já no início das investigações a comissão entendeu por apontar responsabilidades.

Outro ponto levantado pela Defensoria foi sobre o compromisso legal que apenas deve ser exigido no depoimento da testemunha, não sendo exigível o compromisso daqueles que estão sendo alvos do procedimento investigatório, já que o acusado tem o direito de não produzir prova contra si mesmo. A situação agravou-se diante dos questionamentos que foram realizados durante a oitiva de estudantes. As perguntas feitas aos acusados envolviam diretamente a participação individual de cada um. Percebe-se aí que as perguntas realizadas, em conjunto com a advertência e o compromisso prestados indevidamente, faziam com que os estudantes produzissem provas contra si. Outra ilegalidade apontada no requerimento da DPU foi o fato de a comissão de sindicância, ao deferir o pedido de vista, de maneira desarrazoada, determinava um horário específico para que a parte pudesse acessar o procedimento. Com isso, afixação de um único horário e de uma única data causou embaraços aos estudantes no momento de visualizar os autos.

Nesse processo, se a comissão tivesse seguido a lei, os estudantes deveriam ter sido citados, recebendo cópia da denúncia, sendo aberto um prazo de 15 dias para que eles pudessem se defender dos fatos especificadamente imputados a cada um deles. Mas a comissão apenas emitiu uma notificação prévia e intimação, intimando os estudantes a comparecerem no interrogatório. Tal notificação não se confunde com a citação, e os alunos jamais foram citados e sequer receberam a cópia da denúncia. Além disso, a comissão de sindicância não abriu prazo para apresentação de defesa escrita. No processo administrativo no 23278.000318/2015-21, os estudantes, que não foram citados, tiveram o direito ao contraditório e a ampla defesa cerceados pela ausência de individualização das condutas. Assim, todos os estudantes foram acusados dos mesmos fatos, apesar de terem participado em medidas diferenciadas, sendo possível identificar

sanções em diferentes graus para condutas semelhantes e vice-versa pelo que sugerimos a devida análise das condutas para gradação das punições.

Após o pedido da DPU, a Procuradoria Jurídica do IFBA emitiu parecer reconhecendo o pleito como legítimo e orientando a anulação do processo:

“Por todo o exposto, de acordo com as considerações da Defensoria Pública da União sem prejuízo do Parecer emitido por este Órgão Jurídico, sugerimos, com a devida vênia às opiniões que existam em sentido contrário, que o Requerimento seja recebido com efeito suspensivo, visto que o Magnífico Reitor assim o fez atendendo pleito de diversos discentes envolvidos na questão, em conformidade com o que estabelece o Código Disciplinar Discente, e que haja a anulação de todas as oitivas dos acusados bem como dos atos praticados posteriormente.”

4. Considerações finais

O caminho para que pudéssemos viver hoje um Estado Democrático de Direito foi construído após muitas lutas e angustias de vários e várias que sofreram as piores mazelas e torturas durante a ditadura, e outros tantos que morreram nos cárceres ditatoriais. O Estado Constitucional que vivemos hoje deve ser mais do que um “Estado de Direito”. Para isso, os princípios e elementos democrático-constitucionais devem sempre ser respeitados.

Diante de todo o exposto, é possível visualizar todo o cenário político por trás desse processo, e como o PAD foi usado para perseguir os estudantes envolvidos no caso. Na verdade, todo esse processo se constituiu como uma construção jurídica fraudulenta que tinha como puro objetivo retaliar opositores dentro da estrutura escolar do IFBA. Argumentos falsos e práticas desse nível não sobrevivem ao tempo e nem à marcha contínua da história que será escrita e denunciará aqueles que violentaram o Estado de Direito para favorecer seus interesses puramente pessoais. Nas palavras de José Eduardo Cardozo “cedo ou tarde, a

história costuma ser sempre impiedosa com os que engendram violações constitucionais”

Referências

BRASIL. Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia – IFBA. Processo Administrativo Disciplinar nº 23278.000318/2015-21, instaurado em 05/02/2015 através da portaria 0206/2015 do Gabinete da Reitoria. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária da Bahia. Ação de Indenização por Danos Morais processo 0033357-67.2018.4.01.3300. K. S. dos S. e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia. Juíza Federal Sandra Lopes Santos de Carvalho. Sentença, 07 jun. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Seção Judiciária da Bahia. Ação de Indenização por Danos Morais processo 0033411-33.2018.4.01.3300. L. C. do C. e Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia. Juíza Federal Sandra Lopes Santos de Carvalho. Sentença, 25 jun. 2019.

MAGALHÃES, Fabiano Rosa de. As Manifestações no espaço público: a rua como lugar da expressão política. **Pensamento Plural**, Pelotas, v. 12, n. 1, p. 7-35, jan./jun. 2013.

SOUZA, Rafael Bomfim. CHATES, Taíse de Jesus. SANTOS, Mirela Santiago. De leggings à luta: a constituição do coletivo feminista Maria Baderna no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia da Bahia – IFBA. In: XX Encontro Internacional da Rede Feminista Norte e Nordeste de Estudos e Pesquisa sobre Mulher e Relações de Gênero (REDOR), 20., 2018, Salvador. **Anais do evento**. Salvador: Meio Digital. Disponível em: <encurtador.com.br/afhnr>.

SOUZA, Rafael Bomfim. SANTOS, Mirela Santiago. A Ocupação e a Perseguição Política Contra os Estudantes: O Caso das Expulsões e Suspensões dos “20 de Camaçari” do IFBA. **Revista Três Pontos**, Belo Horizonte, v. 15, n. 2, p. 36-44, jul./dez. 2018.

Assujeitamento permanente da classe subalterna, criminalização dos movimentos sociais

*Márcio de Souza Dias*¹

*Lara Botelho Crochi*²

*Jenifer da Silva Dias*³

1. Movimentos sociais e constituição cidadã:

Este artigo tem por escopo uma reflexão acerca das relações de poder, buscando arquitetar um cenário, o qual seja capaz de elucidar os papéis ocupados pela classe dominante/alienante, pela classe subalterna/alienada, pela Educação enquanto fonte de emancipação do sujeito, pelo Estado e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, faz-se necessário entender a dinâmica de atuação e o antagonismo existente entre estes personagens, assimilando o surgimento, atuação e criminalização dos movimentos sociais - principais responsáveis pela maioria das transformações da sociedade na qual estamos inseridos. A própria formação sistêmica jurídica, com suas leis, jurisprudências e doutrinas sofrem constantemente alterações forjadas nos costumes e movimentações sociais, protagonizadas por uma classe social, a qual padece diuturnamente com a miséria, vendo-se obrigada a sucumbir ao plano do capital, que objetiva subjugar e alienar o trabalhador através da compra

¹ Autor, acadêmico do curso Bacharel de Direito UCPEL

² Colaboradora, acadêmico do curso Bacharel de Direito UCPEL

³ Orientadora, acadêmica do curso de Letras UFPEL, membro do Laboratório de Estudos em Análise de Discurso (LEAD).

de seu trabalho. Os reflexos das transformações oriundas de tais mobilizações podem ser facilmente encontrados nos 250 artigos da atual Constituição Federal Brasileira. Nossa “constituição Cidadã”, a qual recebeu esta denominação por ter o escopo de corrigir distorções e injustiças, que colocam em situação de desigualdade negros, indígenas, mulheres e muitas outras minorias preteridas pelo Estado e oprimidas pelo capital, como também salvaguardar os direitos sociais. Entre os tantos reflexos e transformações, frutos dos movimentos sociais, estão as Garantias e Direitos Fundamentais previstos no artigo 5º de nossa Carta Magna, os quais ganharam caráter pétreos no Art.6o, § 4º, IV. Citaremos a seguir alguns incisos do referido artigo, com o propósito de destacarmos alguns destes direitos:

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independentem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

2. Corpus de Análise:

A partir dessas discussões sobre movimentos sociais, não só delimitamos como corpus de análise o PL 9604/2018, que se dispõe a alterar o parágrafo 2º da lei 13.216 (lei antiterrorismo de 16 de março de 2016), a qual foi sancionada pela então Presidente Dilma Roussef, como também aos ataques da classe hegemônica à construção de saberes críticos, os quais têm por escopo a libertação da consciência da classe subalterna. A ideia central de nossa reflexão se dará a partir da relação entre tipificação criminal e movimentos sociais, a começar da materialidade textual do

projeto de lei proposto pelo Deputado Federal Jerônimo Goergen (PP-RS), cabe salientar que, além do referido projeto de lei, existem outros tramitando nas casas do congresso, tais como: PL 5358/2016 de Eduardo Bolsonaro (o projeto criminaliza apologia ao comunismo), PL 272;2016 do senador Lasier Martins (altera a Lei antiterrorismo 13216 de 03;2016), os quais possuem a mesma pretensão - a criminalização dos movimentos sociais.

3. O caso antidemocrático: a criminalização de movimentos sociais

Em 16 de março de 2016 a então Presidente da República Federativa do Brasil Dilma Rousseff sanciona a lei 13216, a qual regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista. Além disso, altera as Leis nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Na ocasião, após reunião e amplo debate com os Ministérios da Justiça, das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, foi sancionada a referida lei, vetando-se alguns trechos por serem imprecisos e possibilitarem uma pluralidade de interpretações. Desde sua sanção, a lei antiterrorismo vem sofrendo várias investidas, com o intuito de modificarem sua redação, objetivando criminalizar os movimentos sociais, uma das mais recentes é a PL 9604 de 2018, que pretende inserir um terceiro parágrafo no artigo 2º da lei antiterrorismo, como segue:

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.

§ 3º O disposto no parágrafo anterior não se aplica à hipótese de abuso do direito de articulação de movimentos sociais, destinado a dissimular a natureza dos atos de terrorismo, como os que envolvem a ocupação de

imóveis urbanos ou rurais, com a finalidade de provocar terror social ou generalizado.” (PL 9604, 2018, p.1, grifos nossos)

Observa-se no parágrafo proposto pelo PL, um texto frágil e genérico, ao textualizar: “... abuso do direito de articulação de movimentos sociais, destinado a dissimular a natureza dos atos terroristas...”, o proponente do projeto em questão não preocupou-se com a vagueza do texto, tão pouco com sua ambiguidade, dando margem para infundadas interpretações e sanções penais, a inserção do parágrafo terceiro visa tipificar os movimentos sociais imputando como criminosos movimentos como MST (Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra) e MTST (Movimento dos Trabalhadores sem Teto).

4. Intertextualidade: o juridismo

Ao referenciar e enfatizarmos a elaboração do parágrafo terceiro do artigo segundo da lei antiterrorismo, conforme proposto pela PL 9604/2018, falávamos da vagueza e ambiguidade trazidas pela inserção deste novo parágrafo. A não explicitação, por parte do legislador, ao que se propõe o dispositivo jurídico, permite uma subjetividade na interpretação e decisão do julgador, acarretando, assim, em possíveis distorções no ato de julgar, possibilitando que seu atravessamento ideológico, suas opiniões, a cultura da comunidade na qual está inserido, e outros fatores determinantes da ideologia e identidade do sujeito jurista, venham a criminalizar movimentos e organizações classistas, já legitimados no texto da legislação vigente, trazendo não só prejuízos e retrocessos nas lutas sociais, como também, possíveis sanções penais àqueles que estão engajados na luta contra a desigualdade de classes. Cabe salientarmos que esta situação traria grande benefício ao aparelho repressivo, o qual trabalha para proteger a hegemonia do capital. Podemos encontrar esta reflexão muito bem articulada por Suzy Lagazzi na citação que segue:

Enquanto Intertextualidade da instância jurídica do direito, o juridismo se coloca no nível do não dito, do implícito. Isso significa que se mantém uma certa mobilidade (flexibilidade) entre direitos e deveres, responsabilidades, cobranças e justificativas no cotidiano. Se essa mobilidade é anulada, a tensão constitutiva das relações interpessoais, decorrente do embate entre direitos e deveres, responsabilidades, cobranças e justificativas, pode tornar-se muito forte e desestabilizar as relações de poder.(LAGAZZI, 1988, p.46)

5. Aparelhos Ideológicos e a Formação Classista:

No parágrafo anterior, ao referenciar-mos Lagazzi, observamos sua reflexão acerca da mobilidade da norma, depreende-se de sua obra que esta flexibilidade garante a manutenção das relações de poder, relações estas sustentadas pela exploração da força de trabalho por parte da minoria detentora do capital. Sabe-se que a formação social vigente em nosso país, e no mundo em geral, é pautada pela perspectiva capitalista, o que, conforme Althusser(1985), desencadeia uma série de mecanismos para a manutenção da reprodução das relações de produção do modo capitalista. Para Althusser, isto significa que, a partir de Aparelhos Ideológicos de Estado(AIE), o Aparelho Repressivo, lê-se Estado, produz mecanismos de sujeição ideológica, isto é, as instituições como a escola, a mídia, a família, a igreja, etc articulam-se para produzir saberes em consonância à ideologia dominante. Neste trabalho, nos interessa a peculiaridade do Aparelho Jurídico de Estado, este que, dentre todos os AIEs, é o que funciona com a finalidade de garantir o poder repressivo do Estado, a partir de normas as quais visam, em última análise, a sujeição absoluta dos sujeitos em virtude das penalidades que a subversão da ordem da lei pode desencadear. No contexto deste trabalho, pensar na forma como o AIE Jurídico funciona a favor da ideologia dominante, lê-se capitalista, implica em compreender como as instituições detentoras do capital se ancoram nas normas/leis para proteger o capital privado e barrar os processos de resistência daqueles que romperam com o ritual de assujeitamento ideológico, como prevê Pêcheux(1990).

Para que possamos entender com maior amplitude o processo de formação das classes sociais, precisamos atentar para os aspectos que transcendem a valoração econômica, princípios éticos intrínsecos ao indivíduo, trazidos do convívio familiar, comunitário, de crenças religiosas, filosóficas, políticas... Princípios estes, responsáveis por formatar nossa identidade ideológica, direcionando campos dos saberes aos quais nos filiaremos, levando-nos a decidir em qual lado seremos atuantes nos embates classistas. Na citação a seguir, Jessé Souza destaca esta necessidade do entendimento de classes sociais:

o “esquecimento” da “classe social”, como segredo mais bem guardado da ideologia do senso comum, só pode ser adequadamente compreendido se separarmos cuidadosamente o conceito de classe social como fonte de todas as heranças simbólicas, valorativas, morais e existenciais que se passam de pais a filhos por laços de afeto, do conceito meramente econômico de classe como acesso a dada “renda”. Esse tema é de difícil compreensão num mundo e, muito especialmente, num país onde a única linguagem que parece existir é a da economia. Mas se “refletirmos” – percebemos facilmente que o que os pais transmitem para os filhos de mais importante não é “dinheiro” nem nada que seja comprável apenas com ele. (SOUZA, 2011, p.44)

Esta distinção feita por Souza acerca do processo de formação classista, a partir de uma construção ideológica trazida na estrutura familiar em oposição à ideia apenas econômica de classe, pode fragilizar-se ao pensarmos que a estrutura da nossa formação ideológica é atravessada constantemente por várias ideologias e saberes e, se pensarmos também que o capital articula-se constantemente para forjar uma realidade que beneficie a permanência de sua situação de domínio, usando, entre outros AIEs, a própria família. Dessa maneira, estando os entes familiares interpelados constantemente por ataques midiáticos, retóricas falaciosas dos que falam nos altares em nome de Deus ou dos que se dizem representantes do povo, poderiam estar com suas consciências alienadas e, assim, filiarem-se a padrões não condizentes com suas origens e os valores trazidos do berço familiar serem a manifestação de uma realidade

construída para aprisionar nossa consciência, assujeitando-nos a serviço do capital.

6. Unificação Classista

As mobilizações dos “menos favorecidos”, expressão utilizada para referenciar cidadãos não alcançados pelas políticas públicas governamentais, têm sofrido um constante processo de fragmentação, são várias bandeiras empunhadas com diversificações de viés ideológicos, contudo, pleiteando, na maioria das vezes, a mesma pauta de reivindicação. Com o propósito de fortalecimentos dos atos sociais precisamos globalizar nossos movimentos, encontrando pontos de convergência das lutas de classes. Faz-se necessário a unificação da classe trabalhadora e a recuperação da consciência de pertencimento, transformando esta pluralidade contra-hegemônica em um cosmopolitismo subalterno, assim como teoriza Boaventura de Sousa Santos, este encontro de ideais tende a fortalecer os movimentos sociais, mobilizando, assim, a classe trabalhadora à busca de uma emancipação social, na qual será preterida a relação de poder em prol de relações horizontais de autoridade compartilhada.

O que está em causa é a constituição de uma globalização contra-hegemônica capaz de incluir vários mundos, vários tipos de organizações e de movimentos sociais, e várias concepções de emancipação social. A obrigação política que há-de unir toda essa diversidade há-de ser uma obrigação política horizontal com suporte na substituição das relações de poder por relações de autoridade partilhada. (SANTOS, 2003, p.12)

Esta utópica globalização contra-hegemônica só nos parece factível em uma educação pautada no estímulo à criticidade, na qual se desenvolve um movimento de reconcientização do indivíduo acerca do seu papel na sociedade e no atual modo de produção, faz-se necessário o resgate de sua consciência, há muito alienada pela classe dominante, a qual dissimula uma relação harmônica de troca, uma pseudo liberdade de oferta do trabalho em troca de condições dignas de sobrevivência.

Anteriormente, tratamos dos Aparelhos Ideológicos de Estado e como esses trabalham na reprodução das relações de produção, ou seja, como trabalham na manutenção dos modos de produção capitalista e da ideologia dominante. Dessa maneira, a partir da organização ideológica das instituições, emerge a ideia de que só será possível romper com o ritual de sujeição ideológica à ideologia dominante a partir do momento em que a classe trabalhadora tomar os meios de produção. Por isso, acreditamos que a educação possa ser uma ferramenta de transformação social, uma vez que através de políticas de acesso à educação superior rompeu-se com a realidade imposta de que apenas a elite seria detentora do conhecimento científico. Com acesso mais democratizado, os cientistas e professores passaram a ser também pessoas que, até então, estavam marginalizados socialmente, e quando ingressaram nos espaços de produção do conhecimento passaram a questionar as desigualdades sociais e políticas. Isso aponta para o fato de que, nesse contexto, a classe subalterna também detém os meios de produção do conhecimento, o que aponta para que, progressivamente, possamos alcançar um modelo de educação popular.

Com isso, as organizações hegemônicas passaram a temer o modelo de educação freiriana, a qual defende uma estrutura educacional que incentiva as práticas de saberes que desenvolvam o raciocínio e o senso crítico, que retirem o educando do papel passivo de mero ouvinte e o torne protagonista na construção de seu conhecimento, propiciando a ele não só a oportunidade de trazer para sala de aula reflexões que possam auxiliá-lo na resolução de problemas cotidianos, como também promover sua consciência de pertencimento a uma classe oprimida e aprisionada em relações de exploração e assujeitamento. No Brasil, este temor ao desenvolvimento da capacidade de pensar evidencia-se nos ataques promovidos pelo Estado, já referenciado neste trabalho como representante institucional a serviço da classe dominante, à educação arquitetada no modelo freiriano, ataques estes, materializados, entre outras formas, no Projeto de Lei Escola sem Partido (PL N^o. 193). O qual tenta neutralizar o

pensamento crítico, a consciência de pertencimento, perseguindo e criminalizando a postura docente enquanto mediador de discussões e reflexões. Conforme Brum e Dias (2018) ” a ampliação do acesso às universidades gerou, uma maior diversidade do conhecimento nelas produzido. Com isso, a circulação de saberes que ameaçam o funcionamento da formação social capitalista tornou-se visível e passou a ser visto por alguns setores da sociedade como ameaça”.

Face ao exposto, conclui-se que o Judiciário Brasileiro conserva-se muito aquém daquele direito pretendido em um Estado Democrático por Direito, no qual preserva-se os direitos humanos e as garantias fundamentais, garantindo-se, assim, os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais e os direitos políticos. Em oposição a tais preceitos, longe de ser um direito emancipatório, conserva-se regulador e atrelado à política e ao Estado, servindo, assim, para garantir a preservação do patrimônio da classe dominante, reproduzindo assim os Direitos existentes nos Estados Absolutistas onde o rei exercia o poder político, o poder legiferante e aplicava as normas, criando para beneficiar as minorias privilegiadas verdadeiras teratologias. Na atualidade, estamos vivendo uma democracia meramente formal, na qual não se observa mais a garantia de todas as fases do devido processo legal, ameaça-se constantemente o direito à livre manifestação, o princípio da liberdade de ensinar, a liberdade de imprensa e vários outros direitos constitucionais que já nos pareciam postos. Faz-se necessário a mobilização das pluralidades minoritárias, articulando-se para criar mecanismos que tenham por objetivo não só barrar os retrocessos e os ataques do opressor, como também recobrar-se a consciência do ser e do pertencer, convergindo todas as forças oprimidas com o propósito de combater as investidas antidemocráticas, as quais aspiram a desmobilizar e deslegitimar a luta das classes subalternas. Estas investidas arbitrárias, além de ferirem previsões constitucionais, confrontam a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual elenca vários direitos, cuja integralidade precisa ser resguardada, o direito de resistir e reivindicar condições dignas de sobre-

vivência “... para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”(Assembléia Geral da ONU, 1948).

Referências

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos Ideológicos de Estado**: notas sobre os aparelhos ideológicos de estado. 10a Ed. Trad. Walter J. Evangelista e Ma Laura V. de Castro. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1985.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "**Declaração Universal dos Direitos Humanos**" (217 [III] A). Paris.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Artigo 5º, inciso XVI, XVII, XVIII, XXII E XXIII.

BRASIL, **Projeto de Lei 9604 de 07 de fevereiro de 2018**.

LAGAZZI, Suzy. **O desafio de dizer não**. 1ª Ed. São Paulo: Pontes, 1988.

PÊCHEUX, Michel. **O Discurso**: estrutura ou acontecimento. Trad. Eni Orlandi. Campinas: Pontes, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **Revista Crítica de Ciências Sociais 65**, 2003.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: UFMG, 2011.

Políticas ambientais

A atuação das políticas governamentais na liberação dos agrotóxicos e suas consequências

Cíntia Moura da Silva

Jacqueline Ester da Silva Chaves

1. Introdução

O surgimento das fábricas deu-se no século XVIII com a Revolução Industrial. Naquele momento, a sociedade transformava-se de acordo com as novas engrenagens políticas e econômicas que visavam uma aceleração da vida moderna baseada nos avanços tecnológicos.

Tendo maior produtividade, as máquinas começaram a substituir a mão-de-obra humana na linha de produção. Entretanto, apesar do desenvolvimento econômico, as fábricas não mediram os impactos ambientais resultantes de tal evolução. Resíduos eram descartados sem o devido tratamento, a fumaça produzida era liberada sem qualquer preocupação, além disso, foi um momento de crescentes desmatamentos botânico e animal.

O bem-estar do meio ambiente apenas começou a ser mais intensamente contestado em meados do século XX, quando surgiram organizações ambientais não governamentais, como o Greenpeace, na defesa e proteção animal e natural.

Atualmente, há uma preocupação maior sobre o assunto, inclusive por parte de lideranças e alianças políticas, como a ONU – Organizações

das Nações Unidas –, que debatem quais seriam as formas mais eficazes e seguras para que hajam desenvolvimentos de formas sustentáveis.

No Brasil, a Lei de Crimes Ambientais 9.605/98 objetiva punir, criminal e administrativamente, aqueles que atentarem contra o ecossistema. Contudo, de encontro ao seu artigo 15, II, 'c', que visa sancionar aquele que pratica conduta grave contra a saúde pública e o meio ambiente, o governo atual liberou, até julho de 2019, 290 agrotóxicos apenas neste ano, porém 3 deles são compostos de glifosato, substância associada ao desenvolvimento cancerígeno, regularmente usada nos Estados Unidos da América e proibida em diversos países. Destaca-se, ainda, que 25% desses agrotóxicos já foram banidos pela União Europeia, segundo dados do Greenpeace.

Apesar de ser mercadologicamente visto como meio lucrativo por agilizar o crescimento da produção, o uso de pesticidas tende a prejudicar a agricultura, fazendo com que os produtores desistam de suas atividades devido aos riscos em relação à própria saúde e da população, além do impacto nocivo às fauna e flora e de afetar as relações de exportações dos produtos. Dessa forma, este trabalho de pesquisa qualitativa tem por objetivo entender e desenvolver-se acerca das atuações das políticas governamentais na liberação de uso de substâncias consideradas tóxicas, além da conduta do judiciário diante dessas práticas.

A Globalização estreitou as relações internacionais, tanto pessoais, quanto profissionais, isso resultou na expansão e na aceleração do desenvolvimento econômico. Com o enriquecimento do capital das fábricas, e posteriormente das empresas, determinadas questões foram negligenciadas e conquistadas à posteriori, como os direitos trabalhistas do proletariado e a garantia à saúde.

No presente, exige-se uma responsabilidade social, tanto empresarial quanto governamental, no que diz respeito à sustentabilidade em suas diversas nuances, tais como econômica, política e social, porém, devido ao objetivo deste artigo, nos atrelaremos às sustentabilidades ambientais e governamentais e nos impactos políticos que ambos acarretam (2009).

2. Desenvolvimento sustentável empresarial e governamental

O desenvolvimento sustentável empresarial e governamental deve preocupar-se não apenas com a expectativa de seus resultados atuais, mas também com os resultados para as gerações futuras e como esta será afetada pelas ações do presente (2009). Para isso, deve-se reconhecer que os recursos naturais são finitos e saber planejar de forma que não os torne escassos. Assim, o comprometimento ético dos governos e corporações deve ocorrer objetivando uma interdisciplinaridade multidimensional de maneira incisiva e articulada (2018).

Vemos, contudo, que o desenvolvimento sustentável é frequentemente confundido com o crescimento econômico, estimulando a geração de atividades sem medir as consequências para o conjunto como um todo. Dessa forma, ele é visto sob um aspecto individualizado e isolado que não deve prejudicar os avanços.

Percebemos, assim, um discurso sobre a aceleração da lucratividade e a expansão ao mercado exterior, inspiradas em assemelhar-se nas políticas governamentais norte-americanas, buscando, cada vez mais, estreitar relações políticas e econômicas com os EUA ao tomar as mesmas atitudes que este.

Indo ao encontro dessa argumentação, até julho desse ano, o governo brasileiro atual, junto com a ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária – autorizou o uso de 290 agrotóxicos nas lavouras, sendo a maior liberação anual de agrotóxicos nos últimos 14 anos segundo dados do Ministério da Saúde. Sua justificativa foi dada com base em que essa atitude aceleraria a produção e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico. Porém, apesar de o Estado garantir o direito à saúde, às informações públicas e à proteção ao meio ambiente, pouco levou-se em consideração as consequências provocadas pela exposição nociva dessas toxinas.

Tais substâncias são capazes de desenvolver doenças, como câncer, problemas respiratórios e irritação na pele e nos olhos. Não obstante, organizações ambientais e de saúde reiteram constantemente o direito à segurança alimentar, já que a produção alimentar deve ser segura para os trabalhadores e o seu consumo deve ser estimulado e fornecido de através de meios e condições saudáveis para a população.

A exemplo de como o impacto mercadológico decorrente dessa atitude pode ser prejudicial para o país, em contradição do discurso de aceleração econômica, a União Europeia anunciou que caso haja suspeita de que os usos de agrotóxicos nos alimentos da agricultura brasileira estão sendo prejudiciais para a sua população, poderá suspender as importações com o Brasil a qualquer momento.

Assim, com o foco em desenvolver ideologias americanas de produção e consumo, não houve ponderação no bem-estar social, como um todo, presente ou futuro diante da liberação dos agrotóxicos.

Isso comprova-se através do fato de já existirem casos de pessoas intoxicadas por consequência do uso dessas substâncias. Até maio de 2019, 92 pessoas, entre crianças e funcionários da **Escola Municipal Rural São José do Pontal**, localizada em **Pontal dos Buritis**, em **Rio Verde**, Goiás, área de alta produção agrícola, sofreram efeitos negativos em suas saúdes devido ao envenenamento causado por pesticidas utilizados frequentemente na região. Caso as toxinas não fossem regularizadas, seus usos seriam passíveis de sanções penais e administrativas através da Lei 9.605/98 diante da gravidade dos fatos.

3. A Lei 7.802/89

Conhecida com a Lei dos Agrotóxicos, a 7.802/89 teve um grande impacto no cenário agricultor brasileiro, pois ela estabeleceu maior rigidez a fim de dificultar a flexibilização na liberação dos agrotóxicos. Sua principal característica é a não permissão da autorização no uso de toxinas mais fortes das já existentes até então.

Em contrapartida, houve neste ano a liberação do uso de três toxinas que são compostas de glifosato, substância associada ao desenvolvimento cancerígeno, regularmente usada nos Estados Unidos da América e proibida em diversos países. Isso reforça a mecânica na utilização de envolvimento com as políticas americanas de produção e consumo em detrimento do bem-estar nacional.

Esse reflexo mostra que, apesar de estar em trâmite desde 2002, o texto do Projeto de Lei 6.299/02, conhecido como “Pacote do Veneno”, não precisou ser aprovado para que houvessem significativas alterações na Lei dos Agrotóxicos, reduções nas atribuições do Ministério Meio Ambiente no que diz respeito ao licenciamento dessas substâncias, além do fornecimento de maior legitimidade ao Ministério da Agricultura como agente autorizador de liberação e comercialização.

Mutualmente, um dos fatores que mais impacta nesse cenário é a inércia do judiciário. Apesar da clareza da Lei 7.802/89 no que concerne a não liberação de pesticidas como estes, após a clara manifestação de vontade em tornar o Ministério do Meio Ambiente uma mera aresta do Ministério da Agricultura, o governo de Jair Bolsonaro não obteve obstáculos.

O desejo por uma fusão entre os dois Ministérios deu-se pela justificativa em diminuir não apenas o número de cargos, mas também de pastas que poderiam vir a dificultar as atuações governamentais de crescimento monetário. Contudo, devido a diversas manifestações por parte de ambientalistas, a fusão não foi efetivada, entretanto, as pastas do Ministério de Meio Ambiente foram reduzidas drasticamente aos meios de conservação, enquanto as demais, que deferem algum tipo de lucratividade, foram transferidas para o da Agricultura, como, por exemplo, a pesca, a utilização de reservas ambientais e a liberação de pesticidas.

Ora, torna-se dispendioso cogitar que tais pastas não são passíveis de políticas de conservação, pois, como dito anteriormente, deve-se pensar em desenvolvimento sustentável de forma a não causar danos presentes e futuros ao ecossistema e à nação. Ao invés de trabalhar com

interdisciplinaridade de quem almeja o progresso do bem-estar ambiental e social e o ensejo das reservas naturais, o governo atua do ponto de vista econômico impulsionando a degradação.

Assim, não há efetividade nas políticas públicas governamentais e tão pouco a movimentação do judiciário na defesa do social e do natural, pois se bem houvessem, seriam aplicadas as sanções da Lei de Crimes Ambientais 9.605/98, inclusive no que diz respeito aos agentes administrativos.

4. Estado democrático de direito x estado de exceção

No Estado Democrático de Direito, os governantes devem agir em consonância com a legislação aplicando decisões que defendem os direitos fundamentais e as garantias da população.

De acordo com Giorgio Agamben (2004, p.84), conforme citado por Folgado e Souza (2016, p.279), “o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento, com o objetivo de salvaguardar a existência da norma e sua aplicabilidade à situação normal”.

Contudo, essa lacuna ao qual o autor refere-se está sendo utilizada como um recurso que impõe ao social uma linha nada tênue que anula as seguranças alimentar e ambiental, abstendo-se de manter o ordenamento da norma jurídica e exaltando a inércia judicial. Em suma, são condutas abusivas que fogem do padrão normativo do verdadeiro estado exceção.

5. Conclusão

A abertura governamental na liberação dos agrotóxicos para o uso nas lavouras brasileiras e, conseqüentemente, pelos consumidores finais, nos indica um preocupante desgoverno ambiental.

Os resultados nocivos dessa prática que objetiva estreitar as relações internacionais políticas e mercadológicas geram degradações ambientais e riscos para a saúde da população como um todo.

Suas repercussões serão duradouras e o judiciário mantém-se indiferente diante de um governo que impõe suas próprias respostas e proposituras em face de um Estado Democrático de Direito no qual o povo e os manifestantes ambientais não estão tendo suas argumentações ponderações seriamente ouvidas.

Dessa forma, as articulações acontecem em uma única via, em que não há debates ou espaços para escolhas.

Referências

Agrotóxicos liberados pelo governo intoxicaram 92 crianças e funcionários em escola de Goiás. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/589699-agrotoxicos-liberados-pelo-governo-intoxicaram-92-criancas-e-funcionarios-em-escola-de-goias>>. Acesso em: 04 de junho de 2019.

BARBIERI, José Carlos; CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. **Responsabilidade Social Empresarial e Empresa Sustentável** – Da teoria à prática. 1ª edição. SaraivaUni. 2009.

BRASIL. **LEI Nº 7.802**, DE 11 DE JULHO DE 1989. Lei de Agrotóxicos, Brasília, DF, jul. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7802.htm>. Acesso em: 28 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.605**, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. Lei de Crimes Ambientais, Brasília, DF, fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 19 mai. 2019.

FOLGADO, Cleber Adriano Rodrigues; SOUZA, Murilo Mendonça Oliveira. **Agrotóxicos: Violações socioambientais e direitos humanos no Brasil.** Anápolis, Goiás. UEG. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad. Lúcia M. Ponde Vassalo. 1ª edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

Liberação de agrotóxicos no Brasil é a maior em 14 anos. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/economia/campo-e-lavoura/noticia/2019/06/liberacao-de-agrotoxicos-no-brasil-e-a-maior-em-14-anos-cjwjs4f12o3ato1oi1ewo09en.html>>. Acesso em: 31 de maio de 2019.

SIMMEL, Georg. **A metrópole e a vida mental.** In: O. G. VELHO (org.), O fenômeno urbano. 4ª edição. Rio de Janeiro, Zahar. 1987.

SILVEIRA, Vanise Guimarães. **Agrotóxicos:** uma lesão aos direitos fundamentais. *Revista do Curso de Direito da Facha*. Direito & Diversidade, ano 03, n. 05, p. 62-81, 2018.

Bioética de Van Resselae Potter: novas perspectivas para a construção de um desenvolvimento sustentável

*Vanessa Chaves de Siqueira*¹

*Maria Clara Gonçalves Rodrigues Almico*²

*Dalmir Lopes Júnior*³

1. Introdução

A cultura ocidental, o sistema capitalista e a forma de vida da maioria dos grupos sociais do planeta terra no século XXI seguem uma visão antropocêntrica. O antropocentrismo consiste na visão do homem como o “centro do mundo”, determinando ao ser humano demasiada importância quando comparado as outras coisas do Universo⁴. Apesar de o antropocentrismo surgir primeiramente como um conceito oposto ao teocentrismo, ideia a qual prevaleceu massivamente durante a idade média, que enxergava Deus como o centro do mundo, demonstrando relação direta com a religião, as consequências do antropocentrismo

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense, campus Volta Redonda. Membro da Liga Acadêmica de Direito da UFF/VR.

2 Graduada em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Membro da Liga Acadêmica de Direito da UFF/VR. mariaclaralmico@id.uff.br

3 Doutor em Bioética pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO. Professor Adjunto do Departamento de Direito do Instituto de Ciências Humanas e Sociais (ICHS) da Universidade Federal Fluminense (UFF/VR).

4 Junior, Choueri Nelson. Investigação em torno do antropocentrismo e da atual crise ecológica. Natal: UFRN, 2010, 123 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia, Área de Concentração Metafísica)- UFRN, 2010.

ultrapassaram as barreiras da igreja⁵. A importante mudança de posição que o Homem ocupou na sociedade, a nova maneira de se enxergar e se perceber ocasionariam grande impacto nas gerações futuras. O indivíduo começou a se perceber como o centro de tudo e superior a toda e qualquer vida do planeta, passando a identificar a natureza como meio a disposição do ser humano, como se todos os recursos naturais, animais, plantas, etc existissem para servir ao homem, deixando de perceber a raça humana como, também, parte da natureza.

A nova percepção de posição do homem na natureza atrelado a cada forma de organização que surgia, principalmente, o capitalismo e suas revoluções, fez com que os indivíduos comesçassem a explorar os recursos naturais e as matérias primas de forma desenfreada sem preocupação com o meio ambiente. Por muitos anos, e ainda hoje, não havia cuidado com a manutenção do ecossistema, do equilíbrio e das distintas formas de vida sendo priorizadas apenas a vontade e ganância humana; porém é notório como essas atitudes prejudicaram e prejudicam as diversas formas de vida do planeta terra.

Até o século XX não havia de fato uma discussão sobre a dimensão dos impactos gerados pela ação do Homem na natureza, entretanto, essa pauta tomou grande proporção durante, principalmente, a Guerra Fria⁶. Neste período ocorreram grandes mudanças no cenário mundial, sendo um dos mais relevantes o desenvolvimento tecnológico e industrial⁷. As áreas de informática, química, biologia e inteligência artificial foram as que mais se aprimoraram e desenvolveram neste período, e análogo a esse crescimento os impactos ambientais negativos se sobressaíram além dos perigos de extinção de diversas formas de vida, inclusive, a espécie humana.

5 Ibidem

6 Organização das Nações Unidas. A história da Organização. <https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>

7 ORESKES, Naomi; KRIGE, John. Science and technology in the Global Cold War. **Transformations: Studies in the History of Science and Technology**. MIT, Massachusetts. Disponível em: <<https://mitpress.mit.edu/books/science-and-technology-global-cold-war>>.

Apesar das preocupações com os impactos causados nos ecossistemas terem surgido e tomado proporção de forma gradativa durante a Guerra Fria, medidas para frear aqueles não foram tomadas efetivamente. Hoje se busca recuperar o tempo perdido de tantas transformações, avanços e revoluções cuja preocupação ambiental não existia e gerou as consequências perceptíveis no momento presente.

Os avanços tecnológicos ocorrem cada vez mais rápidos, com justificativa de alavancar o “progresso”, entretanto, atrelado a esse processo surgem diversos problemas ambientais dependendo de qual setor advir esses produtos. Questões como aumento da produção do lixo, poluição do ar, rios, extinção de espécies, e outros são consequências desse desenvolvimento e é necessário criar meios de viabilizar esse progresso e avanços tecnológicos da maneira mais sustentável e ecológica possível.

Adaptar o processo de evolução humana para esse quadro atual, onde a preocupação deve ser a manutenção de todas as formas de vida, é o grande desafio da humanidade que Van Rensselaer Potter busca solucionar em sua obra a ser analisada no presente trabalho⁸.

2. Objetivos

Diante da seriedade do problema descrito e baseado nos fatos mencionados como o relatório do IPBES⁹ lançado pelo programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, que demonstram as mais de 1 milhão de espécies ameaçadas de extinção devido a ação humana, este trabalho busca explicar detalhadamente os conceitos desenvolvidos por Van R. Potter em seu livro “Bioética: Ponte para o Futuro” em especial, o conceito científico-filosófico de progresso e sua justificativa como o mais adequado para aplicação prática, frente ao cenário atual¹⁰.

8 CUNHA, Thiago Rocha da. Bioética: ponte para o futuro. Programa de Pós-graduação em Bioética. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016

9 Mariana G. Menezes. Segundo Relatório do IPBES, 1 milhão de espécies está em risco. <disponível em https://www.wwf.org.br/informacoes/sala_de_imprensa/?uNewsID=70942> (06/05/2019)

10 Rensselaer Potter, Van. Bioética Ponte para o futuro. Loyola, 2016. 208p

Além disso, o trabalho busca demonstrar identificando a ideia principal do livro de Potter (POTTER, 2016, p. 10) como esta é meio de suma importância e alternativa a degradação ambiental que vem ocorrendo no mundo, o trabalho buscará explicá-lo e defender sua integração na base doutrinária do legislador e criadores de políticas públicas de preservação do ecossistema brasileiro. Tal ideia principal consiste na criação de disciplina nos termos da referida obra e que busca atrelar o desenvolvimento científico à ética ambiental, internalizando na mente humana que tanto a evolução tecnológica quanto a produção de todo e qualquer material, deve se nortear pela preservação do ecossistema, buscando sempre a maneira mais sustentável possível.

Para que haja a continuidade do desenvolvimento tecnológico, atrelado a perpetuação da espécie humana e de outras formas de vida o autor coloca o progresso como sendo possível de apenas uma maneira, sendo este o conceito científico filosófico de progresso:

Sustentamos que o conceito científico-filosófico de progresso que enfatiza a sabedoria de longo alcance é o único tipo de progresso que pode conduzir à sobrevivência. É um conceito que põe o destino da humanidade nas mãos do ser humano e exige-o com a responsabilidade de examinar os mecanismos de resposta e os processos míopes de seleção natural nos níveis biológico e culturais e de decidir como contornar os processos que conduziram à queda de todas as civilizações do passado. (POTTER, 2016, p. 74).

A bioética criada pelo autor busca internalizar no ser humano, entre outros pontos, a utilização dos recursos naturais e desenvolver os conhecimentos científicos, de modo que preserve ecologicamente a vida no planeta Terra, propicie o progresso científico-filosófico e garanta a perpetuação da espécie humana e de outras vidas.

3. Referencial teórico

A partir de uma pesquisa qualitativa, buscou-se analisar a melhor forma de aplicação dos princípios éticos na relação entre o ser humano e o

meio ambiente, que segue regras da Biologia. A própria pesquisa e o conceito científico-filosófico interdisciplinar abordado na presente obra remetem à ideia da Sociologia Positivista, de Augusto Comte (1798-1857). O Positivismo de Comte defende a unidade das disciplinas e a abordagem de todas elas por apenas um referencial teórico, como se todas, inclusive as ciências sociais, fossem regidas pelas mesmas regras. Como bem define Miriam Goldenberg, “para Comte, cada ciência dependia da que a precedeu. Portanto, a Sociologia não poderia existir sem a Biologia, que não poderia existir sem a Química, e assim por diante.” (GOLDENBERG, 2004, p. 17).

No entanto, desde então, já se sucederam concepções de cientistas sociais acerca da necessidade de fusão entre quantificáveis e qualitativos para uma boa pesquisa social. Inevitável é dizer que o método qualitativo não sacrifica a objetividade do estudo, tampouco o distância do acerto, já que a pesquisa social pode ter diversas formas de ser conduzida. A *triangulação*¹¹, então, possibilita a junção de métodos qualitativos e quantitativos para a correta abordagem do tema da maneira a qual se pretende analisar um fenômeno social, qual seja, a incapacidade do ser humano combinar sua sobrevivência com meios de produção favoráveis ao meio ambiente, sob o ponto de vista da Biologia, onde o princípios éticos que norteiam a tomada de decisões devem se integrar a um desenvolvimento sustentável.

A Bioética, denominada por Potter (1971) como a ciência da sobrevivência, tem como papel principal investigar as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Desde que surgiu, nos anos 70, se tornou um dos campos que mais avançou dentro da Ética Aplicada. No entanto, atualmente, ainda busca formas de se tornar uma disciplina mais prática, aplicada às situações fáticas enfrentadas pelo ser humano no contexto atual, onde incessantemente, se busca pela sobrevivência em

11 GOLDENBERG, Miriam. *A Arte de Pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004. p. 63.

meio a desastres ambientais e conflitos gerados pela intervenção que a Ciência realiza no desenvolvimento da natureza humana, tais como a fertilização *in vitro* e a clonagem. Nesse sentido, as análises documentais e bibliográficas buscaram analisar a tentativa humana de inserção da necessidade de preservação do meio ambiente junto ao modelo econômico adotado.

3.1 A ameaça das diversas formas de vida no planeta terra

Na contemporaneidade os problemas ambientais são notórios. Com o aumento populacional e a urbanização, principalmente, a estrutura geográfica e as conformações naturais de cada local foram se alterando. Toda área explorada pelo ser humano sofre mudanças significativas, tal fato é demonstrado durante a história do planeta, principalmente quando analisados os séculos XIX e XX; tal processo de modificação se expandiu rapidamente durante os períodos citados devido à globalização¹². A exploração do Homem e seu crescimento demográfico acelerado produziram, além de mudanças na organização natural de cada lugar, consequências negativas para o ecossistema da Terra.

Sabe-se atualmente que os oceanos estão cada vez mais poluídos, a temperatura do planeta aumenta significativamente com o passar do tempo, várias espécies foram extintas, entre diversas questões, e que o processo civilizatório atrelado a exploração humana, foi o principal fator para isto¹³. As modificações, apesar de terem ocorrido durante anos, foi percebida e identificada como um problema de fato por diversos estudiosos apenas após a segunda guerra mundial, no período da guerra fria marcado por grande desenvolvimento tecnológico em diversas áreas. Analisando-se tais modificações, a degradação ambiental foi um dos principais pontos de perceptível mudança e preocupação advindos desse período.

12 Brasil Escola, Globalização. <disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/geografia/globalizacao.htm>>

13 Albuquerque, Bruno Pinto de. As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio-ambiental. Rio de Janeiro, RJ. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz),2007.

A Organização das Nações Unidas (ONU) surgiu justamente no período supracitado, em um cenário de inúmeras preocupações e mudanças¹⁴. A organização foi implementada visando promover a cooperação internacional entre os países além de buscar impedir outro conflito como as duas guerras anteriores. Com a criação da ONU e, juntamente, o processo de globalização os impactos gerados foram visualizados amplamente, inclusive no que tange ao meio ambiente. Com isso, no ano de 1972 foi estabelecida na ONU a agência responsável por promover a conservação do meio ambiente e o uso dos recursos de forma sustentável, denominada ONU Meio Ambiente¹⁵.

A ONU Meio Ambiente tem como objetivos principais zelar pelo estado do meio ambiente global, estudando os riscos e com isso alertar os povos sobre ameaças ao ecossistema, além de recomendar medidas para melhorar a qualidade de vida da população, buscando formas de utilizar os recursos de maneira sustentável. Desde então, a Instituição vem trabalhando em prol do meio ambiente alarmando os países sobre os riscos, principalmente, advindos da ação humana¹⁶.

Em maio de 2019 um grupo de especialista da ONU, conhecido como (IPBES) Plataforma Intergovernamental sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos, aprovou um relatório demonstrando que mais de 1 milhão de espécies do planeta estão ameaçadas de extinção; este relatório mostra que tais danos são os mais graves da história do planeta¹⁷.

A evidência de que trata o relatório sobre o decréscimo de espécies vegetais e animais no planeta é irrefutável. Para chegar a tal conclusão o levantamento analisou, em média, 15.000 artigos científicos durante três anos com a participação no processo compilatório de 145 autores oriundos de 50 países, além da contribuição de 310 autores espe-

14 Pinto, Tales dos Santos. Criação da ONU após a II Guerra Mundial. <Disponível em: <https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/criacao-onu-apos-ii-guerra-mundial.htm>>

15 Organização das Nações Unidas. A ONU e o Meio Ambiente. <Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>

16 Ibidem

17 Mariana G. Menezes. Segundo Relatório do IPBES, 1 milhão de espécies está em risco https://www.wwf.org.br/informacoes/sala_de_imprensa/?uNewsID=70942 (06/05/2019)

cialistas. A conclusão atingida com por esse estudo demonstra que os impactos ambientais são demasiadamente graves e que caso mudanças radicais não sejam aplicadas a existência de todas as formas de vida do planeta Terra está ameaçada.

Apesar do relatório apresentada pelo IPBES demonstrar o risco de extinção de muitas espécies do ecossistema, mais de 1 milhão, e nesse meio não conter a espécie humana, é fato que a perda de tantas formas de vida impactará diretamente na existência do Homem, pois este faz parte da natureza e precisa dela para perpetuar a espécie. O ecossistema é o conjunto dos organismos vivos e seus ambientes químicos e físicos, e o ser humano é uma espécie que faz parte desse todo e depende diretamente das outras formas de vida para sobreviver.

Um importante estudo da biologia explica como ocorre a relação de alimentação num ecossistema, sendo tal estudo denominado “cadeia alimentar”¹⁸. A cadeia alimentar demonstra a interação dos seres vivos e como eles transferem matéria e energia um para os outros pela nutrição, garantindo dessa forma a manutenção da vida no planeta. As mudanças ambientais decorrentes da ação humana na Terra impactam diretamente na cadeia alimentar, alterando a disposição do número de consumidores e predadores que naturalmente equilibram a quantidade de seres de cada espécie, ocorrendo dessa forma um desequilíbrio.

Com a extinção de vários grupos a manutenção da vida humana se altera conseqüentemente, pois há um grande impacto em todas as áreas como produção de alimento, água, clima entre outros, principalmente por alterar a cadeia. Com isso, uma das conseqüências é a alteração dos ecossistemas marinhos e florestais responsáveis pela troca gasosa e produção de oxigênio, ocasionando o que já é realidade no mundo: aquecimento global, aumento demasiado do efeito estufa, desequilíbrio de espécies, etc. Dessa forma, o ambiente ideal para perpetuação da es-

18 By Person, COC. O que é a cadeia alimentar. <Disponível em: <https://www.coc.com.br/blog/soualuno/biologia/o-que-e-cadeia-alimentar>>

pécie humana vai se alterando gradativamente transformando-se num lugar inviável para se viver.

Apesar de a ação humana ter causado o cenário de degradação encontrado hoje e ter como causa, principalmente, o processo de desenvolvimento tecnológico em todas as áreas, a natureza do homem é buscar sempre evolução e desenvolver seu conhecimento¹⁹. Não é razoável impedir os estudos e a criação de novas tecnologias com a justificativa de ser essa prática a causadora dos impactos negativos no planeta, quando na verdade não é a atividade em si que gera esse dano. O que causa tanto impacto negativo no ecossistema é a forma como esse desenvolvimento é realizado pelo ser humano, sem nenhum cuidado e de maneira irresponsável. De fato, já se tem a noção bem estabelecida de que é preciso encontrar meios de integrar o desenvolvimento da civilização humana e a harmonia que o meio ambiente junto aos seus diversos ecossistemas precisa ter, tendo em vista que as alterações de um afetam diretamente o outro. A grande incógnita da sociedade atual é descobrir qual a melhor forma de realizar tal feito, dentro de uma sociedade que se forma a milhares de anos, e hoje colhe frutos de revoluções industriais e sociais que só se concretizaram da maneira como compreendemos hoje devido o fato de se terem realizado, como citado anteriormente, sem nenhuma preocupação com o meio ambiente.

4. O progresso científico-filosófico de Van Rensselaer Potter

A presente obra tem como principal material de referencial teórico a obra *Bioética: Uma Ponte para o Futuro*, do bioquímico e professor de Oncologia da Escola Médica da Universidade de Wisconsin, publicado em 1971. Mais tarde, foi reconhecida com obra primordial da Bioética, que quando do seu surgimento, não apresentava as ideias trazidas por Potter em sua obra. Para ele, tal campo de estudo constitui área interdisciplinar

¹⁹ Soares, Maria Lucia de Amorim. DA EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE NATUREZA E DE HOMEM NA AMBIÊNCIA DE UMA EDUCAÇÃO AMBIENTAL CRÍTICA. <Disponível em: <http://www.anped.org.br/sites/default/files/gt22-4153-int.pdf>>

de conhecimento direcionado para garantir sobrevivência dos seres humanos, frente aos riscos e danos por eles mesmos causados ao planeta.

Potter, como biólogo especialista em imunologia do câncer, percebeu a dificuldade de adaptação humana as novas condições naturais que pautam os estudos sobre um desenvolvimento sustentável para possibilitar a continuidade do modelo econômico que regem as civilizações. O autor percebeu que mais do que adaptação da vida, as mudanças devem ocorrer no plano da moralidade. Nisso, resistiu toda a resistência inicial que se instaurou à obra, principalmente no seu país de origem, Estados Unidos.

Potter confrontou, em tempos de Guerra Fria, assuntos sensíveis a respeito do desenvolvimento econômico e científico, bem como padrões de religiosidade que eram seguidos pelas famílias tradicionais²⁰. São exemplos disso, controle populacional, regulação do crescimento econômico de acordo com as condições do ambiente, regulação do aborto e planejamento familiar.

No terceiro capítulo do livro, Potter aborda o conceito de progresso humano. Realiza uma divisão didática do progresso em três tipos, quais sejam, o conceito religioso, o conceito materialista, e o conceito científico-filosófico.

Por progresso religioso, Potter (1971) entendeu como aquela que não acredita no progresso pelo progresso, simplesmente, uma causa legítima, a única forma de progredir é aumentando o conhecimento sobre os deuses. Não se coaduna de forma alguma com o conceito de progresso material.²¹ O conceito materialista, por sua vez, é tido, juntamente com o conceito religioso, como as únicas formas de progresso que o ser humano pode submeter-se. O conceito científico-filosófico vai além do progresso materializado na ciência, que é o que se pensa com melhor alternativa num primeiro momento

20 CUNHA, Thiago Rocha da. Bioética: ponte para o futuro. Programa de Pós-graduação em Bioética. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016.

21 POTTER, Van Rensselaer. Bioética: uma ponte para o futuro. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 65

O conceito científico-filosófico é o adotado pelo autor na elaboração de sua teoria acerca da interdisciplinaridade da Bioética. Baseia-se nas ideias de que o conhecimento de como usar o conhecimento é o conhecimento mais importante de todos (POTTER, 1971, p. 28). O autor no alerta para o fato de que as descobertas científicas por si só não levam o ser humano a se melhorar e melhorar sua vida, é preciso refletir sobre a ciência para que possa ter a melhor aplicação possível. A não-reflexão sobre o conhecimento científico adquirido leva a humanidade para o lado contrário à verdadeira sabedoria, que é saber usar o conhecimento da maneira correta. Não há sentido em estudar e desvendar a ciência, se não soubermos usá-la em proveito próprio.²²

Potter destaca que sua definição de progresso científico-filosófico não se configura um darwinismo social, tal qual o preposto por Darwin, como a luta pela existência²³, mas sim o uso da sabedoria para administrar o conhecimento científico na busca do progresso humano. Diversas são as descobertas científicas, e diversos são os meios de usá-los. O que o autor propõe em sua obra, é a combinação dos diversos saberes, para encontrar a melhor forma de utilizá-los, aquela na qual se descobrirá o melhor proveito, a melhor utilidade.

Se o objetivo atual da humanidade é buscar a sobrevivência frente às mudanças climáticas e naturais a que são expostas as novas gerações, a única forma de condicionar o progresso futuro é sob a égide do progresso científico- filosófico, que busca a sabedoria de longo alcance. Como bem teoriza o autor em sua obra:

Vamos fixar nossa fé não apenas na ciência, ou apenas na produção, mas na busca da sabedoria, mas na sabedoria que reconhecerá as necessidades, espirituais do ser humano bem como suas necessidades físicas, que conquistará pela força da persuasão, que fortalecerá cada membro individual da sociedade o capacitará para fortalecer a sociedade em que vive. Vamos usar nossa grande capacidade de produção para produzir as coisas que nos tor-

²² Idem, p. 70, 71.

²³ DARWIN, Charles. **Origem das Espécies**. Londres: John Murray, 1859. p. 75.

nam sábios, em vez de produzir o que nos tornam mais fracos. [...] Somente pela combinação do conhecimento das ciências e das humanidades nas mentes humanas individuais é que poderemos esperar construir uma “ponte para o futuro”. (POTTER, 1971).

5. A defesa do reducionismo frente ao novo holismo proposto, a bioética

O livro trata, logo no primeiro capítulo a respeito da divergência existente entre biólogos reducionistas e biólogos holistas. Tal conflito se estabelece na medida em que a Biologia se torna cada vez mais específica, com estudos mais aprofundados a respeito das moléculas, até que Watson e Crick apresentam o modelo do DNA (WATSON, CRICK, 1953, p. 737-738), e são criticados por não compartilharem da ‘genuína’ Biologia. Tais críticos eram adeptos da Biologia Holista, isto é, que considera o indivíduo como um todo ou o ambiente como um todo para conceber o estudo no campo biológico.²⁴

Fato é que o autor, na obra que aqui se analisa, busca trazer o reducionismo para ser integrado ao holismo, de forma que o todo, nas suas mais pequenas peculiaridades, seja considerado, de fato, na busca pelo conhecimento do conhecimento. Propondo um holismo ecológico e ético, Potter acredita na integração entre as duas concepções, sem excluir a especificidade dos estudos, mas propondo que mesmo as pesquisas de âmbito mais geral, tragam acepções de campos de estudo mais específicos, afinal, tudo se integra na formação do indivíduo ou do ecossistema.²⁵

6. Conclusões

Os últimos desastres ambientais impulsionados, principalmente, pela intervenção humana na natureza, incitaram diversos conflitos entre agentes econômicos, ecologistas e cientistas que defendiam e defendem

²⁴ POTTER, Van Rensselaer. *Bioética: uma ponte para o futuro*. São Paulo: Edições Loyola, 2016. p. 33.

²⁵ *Idem*, p. 34.

seu próprio campo de atuação. Evidente é que a separação das forças dificilmente levará ao desenvolvimento sustentável tão almejado. De fato, a interdisciplinaridade proposta por Potter é um caminho a ser considerado na busca pelo progresso análogo à preservação do meio ambiente, da fauna e flora, e dos recursos naturais.

Ainda assim, há que se pensar em como prosseguir com a criação da disciplina a que propõe o autor. O saber se divide em áreas pela justa qualificação de cada indivíduo para uma em específico. Nota-se que a preferência é uma habilidade inerente ao indivíduo, e que ele aprimora com estudo, pesquisa e dedicação. A especialização é algo necessário na medida em que se necessita de saber notório em cada campo específico da ciência e mesmo que uma pessoa se dedique toda a vida a determinada área, ainda assim, pode não ser suficiente, porque o conhecimento, assim como determina Potter (POTTER, 1971, p. 28) nunca é absoluto e seu limite é infinito.

Nesse sentido, uma alternativa viável é a junção dos diversos profissionais, das mais diversas áreas do conhecimento na busca de um objetivo em comum: o desenvolvimento sustentável.

Tal medida, por mais que seja um objetivo em comum, nunca se tornará realidade se os embates entre os agentes econômicos, ecologistas e ambientalistas se perpetuar. É necessária conscientização para que a preservação do meio ambiente, como já tem ocorrido se torne um valor moral. Desse modo, sendo ecologista ou empresário, os esforços humanos serão pautados pela sobrevivência em primeiro lugar, e não pela satisfação de valores materiais instaurados pelo Capitalismo.

Nesse sentido é que se torna necessário a criação da disciplina proposta pelo autor, a fim de que unir num campo do saber, todos os outros saberes como única forma de viabilização da continuidade do desenvolvimento humano, perante as mudanças climáticas e desastres ambientais.

Ademais, também se conclui pela necessidade de refletir sobre o conhecimento. Depois de anos onde a Igreja e os valores morais advindos

principalmente da religião, durante a Idade Média, no Ocidente, ter sacrificado cientistas que apenas tentaram demonstrar a verdade e da instauração do movimento iluminista na Europa, no século XVII, que instaurou uma ciência livre que concebia o ser humano como dotado de racionalidade e, por isso, dono de si mesmo, promover a ciência pela ciência pode nos fazer retornar à ignorância, simplesmente.

O antropocentrismo trouxe valores inegáveis ao desenvolvimento da humanidade, mas fez o homem esquecer que também está inserido num contexto, onde as ações de uns refletem na vida de outros. Muito mais do que num contexto social, o homem pertence à natureza, é um ser biológico, com necessidades e voluntariedades que só se explicam pela Biologia. Os humanos são integrados ao meio ambiente o qual vivem e só se atentam para este fato quando as alterações do meio o afetam na sua individualidade.

Por isso é evidente que antes de aplicar o conhecimento científico, deve-se refletir sobre ele, sobre sua utilidade e sobre suas consequências. Antes da prática, devemos nos atentar à teoria para não sermos fisgados pela ambição de acreditar que podemos desvendar todo o conhecimento existente. Por diversas vezes, a humanidade foi traída pelo seu próprio saber e ambição de querer aplicá-lo, sem antes colocá-lo em reflexão. Como bem define Potter, “a única solução para o conhecimento perigoso é mais conhecimento” (POTTER, 1971, p. 28).

Deste modo, concebe-se a criação da disciplina Bioética de Van Rensselaer Potter como alternativa de desenvolvimento de mecanismos de sobrevivência humana perante a natureza já alterada pelas intervenções do homem. Para isso, é necessário, mais do que buscar e adquirir conhecimento, refletir sobre ele, para que não caiamos em ignorância novamente, na inocência de acreditar que a ciência serve o homem para que este atinja seus fins. Devemos, através da Bioética, nos reintegrar novamente ao meio ambiente, a fim de moldar o desenvolvimento, o progresso, de acordo com as condições naturais que nos

mostram à disposição e saber utilizá-las à nosso favor a longo prazo, a fim de garantir os direitos intergeracionais ao meio ambiente.

Referências

Albuquerque, Bruno Pinto de. **As relações entre o homem e a natureza e a crise sócio-ambiental**. Rio de Janeiro, RJ. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), 2007. <http://www.epsjv.fiocruz.br/upload/monografia/13.pdf>

CUNHA, Thiago Rocha da. **Bioética: ponte para o futuro. Programa de Pós- graduação em Bioética**. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. 2016.

DARWIN, Charles. **Origem das Espécies**. Londres: John Murray, 1859. p. 75.

FONSECA, Maria Hemília. **Curso de Metodologia na Elaboração de Trabalhos Acadêmicos**. 1ª ed. São Paulo: Editora Moderna, 2009.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Organização das Nações Unidas. Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, 10 de dezembro de 1948, Paris.

GOLDENBERG, Miriam. **A arte de pesquisar**. 8ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Record, 2004.

GARRAFA, Volnei. **Da Bioética de princípios a uma Bioética interventiva**. *Bioética*, nº 1, Vol. 13, 2005, p. 125-134.

Junior, Choueri Nelson. **Investigação em torno do antropocentrismo e da atual crise ecológica**. Natal: UFRN, 2010, 123 p. Dissertação (Mestrado em Filosofia, Área de Concentração Metafísica)- UFRN, 2010.

Pinto, Tales dos Santos. Criação da ONU após a II Guerra Mundial. <Disponível em:<https://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/criacao-onu-apos-ii-guerra-mundial.htm>>

Organização das Nações Unidas. **A ONU e o Meio Ambiente** <https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/>

Mariana G. Menezes. **Segundo Relatório do IPBES, 1 milhão de espécies está em risco**
https://www.wwf.org.br/informacoes/sala_de_imprensa/?uNewsID=70942
(06/05/2019)

POTTER, Van Rensselaer. **Bioética: uma ponte para o futuro**. 1ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2016.

WATSON, James Dewey; CRICK, Francis Harry Compton. **Molecular structure of nucleic acids: A structure for desoxyribose nucleic acid**. Nature, v. 171, p. 737-738, 1953.

Política internacional

Direitos humanos e fundamentais na ONU

*Maria Cecília Gatti*¹

*Marcos Cesar Botelho*²

1. Introdução

É manifesta a problemática mundial acerca dos Direitos Humanos – relacionados a documentos de direito internacional, equiparável aos “direitos naturais” – e Fundamentais – direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado – e o respeito a ambos. (SARLET, 2018, p. 29).

Dessa maneira, mostra-se necessária uma discussão acerca da temática, tendo como centro um dos órgãos de maior referência no assunto atualmente – a Organização das Nações Unidas – e o comportamento Brasileiro frente à temática.

Perfaz-se, dessa maneira, uma análise crítica sobre o desenvolvimento e incentivos referente a esse assunto na instituição. Neste íterim são estudados documentos disponibilizados ao público, desde atas a planos de ação.

Justifica-se presente pesquisa na necessidade de se estudar o entendimento global acerca das garantias cabíveis a todo e qualquer ser humano e o histórico do desenvolvimento de ações afirmativas dentro da

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, bolsista pela Fundação Araucária

² Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). É professor adjunto vinculado aos programas de mestrado e doutorado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

instituição, além de colocar à prova as atitudes brasileiras para garanti-las dentro da nação.

Em suma, a pesquisa apresentada procura uma abordagem por meio do método indutivo interpretativo, com base em estudos de documentos oficiais, artigos da área e livros sobre a Organização.

Em abril de 1945, cinquenta países, através de seus delegados, reuniram-se em São Francisco para a formação de um organismo internacional com o intuito de evitar a guerra e promover a paz. Nessa ocasião, criou-se a Carta das Nações Unidas que possuía já em seu preâmbulo a preocupação por “reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor humano [...]”. (ONU, 1945)

Os propósitos da Nações Unidas são a manutenção da paz e da segurança internacionais, além de relações amistosas entre os países, de forma a solucionar problemas mundiais respeitosamente e garantindo a harmonização dos povos. (ONU, 1945).

Desde sua formação, vem atuando ativamente promovendo não só os Direitos Humanos, mas também colaborando com as relações internacionais, iniciativas para a melhora contínua das nações e o auxílio a países, através de suas missões de paz.

Possuía em sua estrutura a Comissão de Direitos Humanos, que obteve inúmeras conquistas, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os procedimentos especiais e o procedimento de denúncias 1503. Porém, acabou por tornar-se extremamente politizada, com grande influencia externa em suas decisões e medidas.

Para contornar essa situação, na reformulação que ocorreu no ano de 2006, a ONU optou por extingui-lo, dando lugar a um novo órgão, o Conselho dos Direitos Humanos, visando aumentar a autonomia sobre a temática.

2. Organização e documentos

A ONU possui, atualmente, quatro organismos permanentes de Direitos Humanos: O Conselho de Direitos Humanos, fundado em 2006,

composto por 47 Estados-Membros eleitos pela Assembleia Geral para mandatos de 3 anos; os chamados Procedimentos Especiais, compostos por Relatores Especiais, Especialistas Independentes e Grupos de Trabalho sobre o tema; os Organismos de tratados da ONU, sendo ao total dez órgãos, que em forma de comitês de especialistas independentes atuam monitorando a implementação, pelos Estados Partes, dos principais tratados internacionais de direitos humanos adotados pela Assembleia Geral da ONU; e o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH).

O Conselho foi criado com o intuito de avaliar situações de violação dos Direitos Humanos e fazer recomendações a esse respeito. Para sua composição, os Estados-Membros se candidatam à eleição durante a Assembleia Geral, que “leva em consideração a contribuição dos Estados candidatos à promoção e proteção dos direitos humanos, bem como seus compromissos e promessas voluntárias a este respeito.” (BRASIL, 2016)

Além de seus organismos, a ONU conta também com diferentes documentos que dão embasamento técnico e internacional. A Carta da ONU – de 1945 – já apontava como necessária a proteção de direitos tanto de forma institucional, realizada pela própria organização – como também atitudes esperadas dos Estados signatários. A Declaração Universal dos Direitos Humanos – proclamada pela Assembleia das Nações Unidas em Paris, 1948 – que estabeleceu pela primeira vez a proteção universal a esses direitos, além de ser uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Desde sua adoção já foi traduzida para mais de 360 idiomas, sendo o documento mais traduzido do mundo, e inspirou as constituições de muitas nações e democracias recentes. Conta, também, com o Guia Prático ‘Campo de ação da sociedade civil e o Sistema dos Direitos Humanos das Nações Unidas’, que visa auxiliar os atores da sociedade civil que ainda não estão familiarizados com a temática.

Com o intuito de tornar-se o mais atuante possível, as Nações Unidas elaboraram metas e objetivos a serem desenvolvidos pelos países, iniciando-se com a Declaração do Milênio. Com ela, as Nações se com-

prometeram a trabalhar oito objetivos até o ano de 2015, sendo: erradicar a pobreza extrema e a fome; alcançar o ensino primário universal; promover a igualdade de gênero e empoderar as mulheres; reduzir a mortalidade infantil; melhorar a saúde materna; combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; garantir a sustentabilidade ambiental; desenvolver uma parceria global para o desenvolvimento.

Para tornar viável a avaliação das estratégias de cada país, foram estipuladas, no total, 22 metas – no Brasil, 24 – e 48 indicadores, podendo, assim, analisar-se a evolução e comparar os diferentes países através da centralização das agendas internacionais, nacionais e regionais integrando os Direitos Humanos.

Já em 2015, com o término do período dedicado aos ODM, um novo compromisso foi firmado: a Agenda 2030. “[...] é um guia para as ações da comunidade internacional nos próximos anos. E é também um plano de ação para todas as pessoas e o planeta que foi coletivamente criado para colocar o mundo em um caminho mais sustentável e resiliente até 2030. “ (ONU, 2015). Visando o cumprimento desse compromisso, foram criados os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – com suas 169 metas – que formam um quadro de resultados, possibilitando a implementação, parcerias globais e revisões de acompanhamento.

3. Atuação brasileira

No Brasil, a história dos direitos fundamentais “desemboca no surgimento do moderno Estado Constitucional” (SARLET, 2018, p.36). Entretanto, inicia-se bem antes disso, estando presente já na Constituição Imperial de 1824, com princípios de garantias dos direitos civis e políticos, visando a segurança individual, a propriedade e a liberdade, mas ainda presente o autoritarismo, através do Poder Moderador.

Em 1891, com as mudanças trazidas pela Proclamação da República, a primeira Constituição Republicana apresentou-se com ideais de liberdade, igualdade e justiça. Em seu texto, trouxe medidas como a liberdade

religiosa, ampla defesa para acusados e direito à livre associação e reunião. Para que pudesse intervir em casos de abuso do poder ou coação por ilegalidade, cria o *habeas corpus*.

Sob o Governo de Getúlio Vargas, nova Constituição é promulgada, na data de 16 de julho de 1934. Com ela, algumas garantias são apresentadas, como novos pareceres em relação a segurança ao indivíduo, como a proteção ao direito adquirido, a proibição de prisões por dívidas, obrigatoriedade de comunicação imediata ao juiz competente sobre qualquer prisão ou detenção, a criação de assistência jurídica, mandado de segurança e ação popular. Além disso, criou a Justiça do Trabalho e a Justiça Eleitoral.

A revogação da Constituição de 1934 e a outorga de nova Carta Magna em 1937 mostraram retrocesso brasileiro em relação à direitos fundamentais, institucionalizando-se a pena de morte, a supressão da liberdade de imprensa e partidária e a permissão à prisão e exílio de pessoas contra o governo.

Em 1946 a veia democrática foi retomada, entre outras coisas, restabelecendo direitos individuais, o fim da censura e a pena de morte. Além de instituir o direito de greve, a livre associação sindical e a condição do uso da terra para o bem-estar social.

Durante a Ditadura Militar, o país se viu sob a constante ameaça aos direitos, em período marcado pela agressividade estatal, torturas, desaparecimentos e forte repressão. Promulgada em 1967, essa Constituição, acompanhada de Atos Institucionais, deu poderes para o fechamento do congresso, a suspensão de direitos políticos e reuniões de cunhos políticos, autorizou a censura aos mais diferentes meios de comunicação, além das artes, músicas, teatro e cinema e suspendeu o *habeas corpus* para o que fosse julgado crime político.

A chamada “Constituição cidadã” de 1998 foi promulgada tornando-se “um marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil” (PIOVESAN, 2018, p.70). Através da clara exposição sobre o valor da dignidade humana – elevado a princípio fundamental no art. 1º, III – os direitos fundamentais e a dignidade hu-

mana passaram a ser institutos basilares do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, no art. 5º, §2º, institui-se também a interação entre o Direito Brasileiro e os tratados internacionais dos Direitos Humanos. Com isso, “ao acolher o aparato internacional de proteção, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a aceitar o monitoramento internacional, no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território” (PIOVESAN, 2018, p.92). Há, além disso, também o avanço nas diversas áreas relacionadas:

É possível afirmarmos que a Constituição de 1988 consolidou ou ajudou a promover avanços consideráveis em diversas áreas. Pródiga em direitos; fez de certa forma, com que a prestação jurisdicional abrangesse segmentos sociais até então excluídos, obrigando um desenvolvimento teórico-constitucional que pudesse viabilizar que essas prerrogativas transpusessem a seara retórica para uma seara fática. (SOUZA, 2010, p.95)

Todavia, apenas a igualdade formal – igualdade genérica e abstrata – presente no ordenamento jurídico não se demonstrou plenamente eficiente frente à lógica da intolerância, as violações de direitos e as peculiaridades e particularidades de cada cidadão. Diante da intenção internacional de proteção a cada indivíduo o país se viu obrigado a propor de forma mais efetiva a proteção de grupos mais vulneráveis, promovendo direitos. “Ao lado do direito à igualdade, surge, também, como direito fundamental, o direito à diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial” (PIOVESAN, 2018, p.398).

Analisa-se, a partir disso, três aspectos referentes à concepção de igualdade: A igualdade formal, que aboliu privilégios, explicitada pela afirmativa de que todos são igual perante a lei; a igualdade material, orientada pelo critério socioeconômico, relativa à ideia de justiça social e distributiva; a igualdade material, orientada pelos critérios gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia e outros, referente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades. (PIOVESAN, 2018, p.398).

Dessarte, em seu Art. 3º, a Lei Maior prevê, também, os objetivos da República Federativa do Brasil, incluindo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), a erradicação da pobreza e a marginalização, juntamente com a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III) e a promoção do bem-estar geral, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Soma-se, também, o Art. 6º, que apresenta como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, o lazer, a moradia, o transporte, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Art. 7º, XX, que aborda a proteção do mercado de trabalho da mulher, através de incentivos e o Art. 37 VII, que reserva percentual dos cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência.

Com o passar dos anos, novas políticas foram implementadas através de leis e decretos. Já em 1989 foram promulgadas duas importantes leis, a dos Crimes de Preconceito³e a dos Portadores de Deficiência⁴. A primeira, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor e a segunda dispondo sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração na sociedade, além de abordar a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência e instituir a tutela jurisdicional de seus interesses coletivos ou difusos, garantindo seu pleno exercício dos direitos individuais e sociais, considerando-se a igualdade de tratamento e a dignidade da pessoa humana.

O Decreto n. 1.904, de 1996, por sua vez, constituiu o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH – com a intenção de, através de diagnóstico, atuar com medidas para a defesa e promoção desses direitos. Apresenta seus objetivos como sendo a identificação dos obstáculos à essa atuação, a implementação de atos e declarações internacionais com a adesão brasileiras, relativos a essa temática, a redução de atos e atitudes de violência, intolerância e discriminação, visando a diminuição das

³Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989.

⁴Lei n. 7.853 de 24 de outubro de 1989.

desigualdades e a plena realização da cidadania, em observância dos direitos e deveres presentes na Constituição.

Apresenta-se, também, essa integração ao ordenamento jurídico através da Lei 9.504 de 1997, que estipulou a cota mínima de 30% e máxima de 70% para cada sexo nas candidaturas de partidos ou coligações para eleições e o Estatuto da Igualdade Racial⁵, que se dispõe a garantir à população negra a igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à intolerâncias e discriminação, pontuando sobre direito à saúde, à educação, ao esporte, ao lazer, à liberdade de consciência, crença e exercício dos cultos religiosos, do acesso à terra e à moradia adequada.

Posteriormente, três iniciativas se destacaram: o Programa Nacional de Ações Afirmativas⁶, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial e Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial⁷. O Programa, que contempla, além de medidas administrativas e de gestão estratégica, a incumbência de observar e incluir afrodescendentes, mulheres e pessoas com deficiência nas contratações, licitações e outras atitudes promovidas pelos Órgãos da Administração Pública Federal.

Entretanto, tais medidas não demonstraram a eficácia esperada. Por mais que garantam, legalmente, direitos, deveres e proteções, o Estado não se demonstra apto a torna-los realidade. Exemplo disso são os dados trazidos pelo Atlas da Violência 2019, elaborado pelo IPEA – Instituto Nacional de Pesquisa Econômica Aplicada – e o relatório 2018 da Human Rights Watch – associação que visa denunciar casos de violação dos direitos humanos em diferentes países.

Foram registrados 65.602 homicídios em 2017, de acordo com o IPEA, tendo sido denunciados 193 contra a população LGTI+8, tendo tido um aumento de 127% em relação ao ano anterior. (IPEA, 2019, p. 5 e 58),

5Lei n. 12.288, de 20 de julho de 2010

6Decreto n. 4.228, de 13 de maio de 2002

7Decreto n. 4.886, de 20 de novembro de 2003

8 LGTI+ é sigla para Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis ou Transgêneros e Intersexuais. O + representa os heterossexuais assassinados por motivação homofóbica.

já entre as mulheres, somos o 5º país que mais mata (WASELFSZ, 2015, p.27). Além disso, o Estado brasileiro mostra-se ineficiente na investigação de crimes, sendo que o Ministério Público denuncia apenas 2 em cada 10 casos de homicídio. (HRW, 2019, p.91). Assim, tornou-se o 5º país que mais mata mulheres. (WASELFSZ, 2015, p.27).

Já aqueles que deveriam evitar crimes e apoiar a população, participam de outro número alarmante: 367 policiais em serviço e em folga foram assassinados em 2017. Em contrapartida, executaram mais de 5.144 pessoas – um aumento de 20% em relação à 2016 – em casos que envolvem não só legítima defesa, como também execuções extrajudiciais. (HRW, 2019, p.91).

Dentro das penitenciárias a imagem não é diferente: 726.000 adultos estavam atrás das grades em 2016, com uma expectativa do governo brasileiro para que isso crescesse para 841.000 pessoas. Além disso, existiam também 24.345 adolescentes em conflito com a lei, em dados de janeiro de 2018. (HRW, 2019, p.93).

Tais quebras das garantias a seus direitos não existem apenas em relação ao direito à vida e à liberdade, mas também em relação à liberdade de imprensa e expressão. Em 2018, durante o período eleitoral, 140 repórteres foram intimidados, ameaçados e até mesmo agredidos. (HRW, 2019, p.95).

Acrescendo a isso, dois fatos tornam-se importantes para entender o envolvimento brasileiro com as propostas da Agenda 2030 e dos mecanismos internacionais de proteção aos Direitos Humanos. Primeiro, a participação do Brasil no Conselho dos Direitos Humanos entre os anos de 2017 e 2019. Segundo, o Decreto n. 8.822 de 27 de outubro de 2016, que criou a Comissão Nacional para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, “com a finalidade de internalizar, difundir e dar transparência ao processo de implementação da Agenda 2030 no Brasil.” (BRASIL, 2016), tendo como meta elaborar um plano de ação para implementação dos ODS no nível nacional e promover a articulação com órgãos a níveis regionais, distritais e locais.

Já em 2019, o Brasil voltou a candidatar-se para compor o Conselho, mesmo com altíssimos níveis de violação de direitos internacionais e direitos fundamentais que deveriam ser protegidos, por sua Constituição.

Demonstra-se, assim, que o atual compromisso do Brasil com o direito internacional e os direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição não vem sendo seguido. A partir disso, não nos enquadraremos em termos como “protetores” e “promotores” dos Direitos Humanos, utilizados na apresentação de características esperadas para as nações candidatas a uma vaga no Conselho.

Antes de participar ativamente em âmbito global, é necessário que o país tenha ações pensadas e planejadas que visem efetivamente garantir os direitos humanos e direitos fundamentais no dia a dia, garantindo uma vida mais digna e humanizada para os cidadãos.

4. Conclusão

A Organização das Nações Unidas, como corpo internacional de cooperação, vem cada vez mais implementando e estimulando ações que visam a promoção e proteção dos Direitos Humanos ao redor do mundo. Para isso, conta com a participação ativa não só dos líderes mundiais, mas também da população dos países, que clama por um mundo mais justo, igualitário e protetivo.

Entretanto, o Brasil atual não só não compactua com as ideias coletivas sobre os Direitos Humanos como também não trabalha para que as garantias sejam protegidas dentro do país, através dos Direitos Fundamentais. O ordenamento jurídico traz diversas garantias para grupos minoritários e proteção à vida e a liberdade, mas a atuação institucional não torna possível suas efetivas realizações, o que é visto através de dados cada vez piores da condição da sociedade e da violação dos Direitos Humanos.

A candidatura brasileira ao Conselho de Direitos Humanos não só é questionável, como também apresenta uma nação despreparada para opinar e colaborar com o progresso da instituição.

Referências

- ALVES, José Eustáquio Diniz. **Os 70 anos da ONU e a agenda global para o segundo quindênio (2015-2030) do século XXI**. Revista Brasileira de Estudos da População. Vol. 32, No. 3, São Paulo, Sept./Dec. 2015;
- BRASIL, Nações Unidas. **As Nações Unidas e os direitos humanos**. 2016. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/sistemaonu/>. Acesso em 30 de setembro de 2019;
- BRASIL, Nações Unidas. **Objetivos da ONU dependem a garantia dos direitos humanos, dizem especialistas**. ONU Brasil, 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/objetivos-da-onu-dependem-da-garantia-dos-direitos-humanos-dizem-especialistas/> Acesso em 15 de abril de 2019;
- HRW, Human Rights Watch. **World report 2019**. 2019. Disponível em: https://www.hrw.org/sites/default/files/world_report_download/hrw_world_report_2019.pdf Acesso em 30 de setembro de 2019
- IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2019**. Junho de 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em 30 de setembro de 2019;
- LAFER, Celso. **A ONU e os direitos humanos**. Estud. av. vol.9, no.25, São Paulo, Sept.Dec. 1995;
- MACHADO, João Guilherme Rocha; PAMPLONA, João Batista. **A ONU e o desenvolvimento econômico: uma interpretação das bases teóricas da atuação do PNUD**. Economia e Sociedade, Campinas, v. 17, n 1 (32), p. 53-84, abr. 2008;
- MORENO, Marta Fernández. **A herança colonial das “novas” operações de paz da ONU**. Revista Ética e Filosofia Política, V. 2, N. 13, 2011;
- ONU. **Carta das Nações Unidas**. 1945;
- ONU. **United Nations Millenium Declaration**.18 september 2000. Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/55/2> acesso em 20 de agosto de 2019;

OKADO, Giovanni Hideki Chinaglia, QUINELLI, Larissa. **Megatendências mundiais 2030 e os objetivos do desenvolvimento sustentável (ODS): Uma reflexão preliminar sobre a “nova agenda” das Nações Unidas.** Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos. V. 2, N.2, 2016;

PIOVENSAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 11ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018;

PONTUAL, Helena Daltro. **Constituições brasileiras.** Senado Federal. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/constituicoes-brasileiras>. Acesso em 1 de outubro de 2019;

SOUZA, Cristiano Martins de. **Direitos humanos e cidadania na Constituição Federal de 1988: Análise frente a uma perspectiva global de cidadania.** PUC-GO. 2010;

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: Homicídio de mulheres no Brasil.** 2015. Brasília.

Proteção aos apátridas no Brasil: análise da lei de migração comparada aos dispositivos internacionais vigentes

*Miguel Gomes Oliveira Corbanez*¹

*Cláudio César Machado Moreno*²

1. Introdução

Segundo os dados mais recentes da ACNUR, existem no mundo ao menos 10 milhões de apátridas. No entanto, o real número é excessivamente difícil de mensurar, em face da invisibilidade desses indivíduos em frente aos poderios estatais. Devido a isso, percebe-se uma distância tão grande entre esse valor mensurado e os dígitos oficiais, de 3.851.983 indivíduos (UNHCR, 2019).

Além disso, por serem dados fornecidos por poucos países do mundo, acabam sendo em alguns casos de confiança duvidosa, somente começando a ser coletados recentemente. A fim de comparar, em 2004 a ACNUR sabia da existência de 41 países que possuíam indivíduos apátridas em seu território, porém somente recebia dados de 30 desses. Atualmente, sabe-se de um total de 100 países que possuem casos de apatridia e, dentre esses, 78 remetem dados ao comissariado. Tais dados

¹ Acadêmico do 2º ano da graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL), vinculado ao projeto de ensino Refúgio, Asilo e Migrações, na UEL.

² Professor orientador do presente artigo; mestre em Direito pela UNIVEM – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Professor de Direito Civil e Direito Internacional Privado da Universidade Estadual de Londrina. Professor de Direito Civil da Universidade Pitagoras-Unopar. Professor de Direito Civil da Universidade Uniderp-Anhanguera. E-mail ccmmoreno@gmail.com.

demonstram a dimensão do problema a ser tratado. Assim, faz-se mister entender, antes de tudo, a sua origem.

Após a Revolução Francesa, com a necessidade de legitimar o poderio estatal, tece-se um liame entre a vontade da nação e o poder constituinte. Assim, as fronteiras nacionais são utilizadas como forma não só de delimitar o território, como também onde se encontrava certa nação que, teoricamente, se autogovernaria. Nessa forma de organização, que pautou as relações interestatais a partir daquele momento, o indivíduo somente possuía qualquer relevância dentre a comunidade de seu Estado.

No entanto, após a 1ª Guerra Mundial e o enfraquecimento do poderio de Estados centralizados, é possível começar a se perceber os resultados dessa falta de centralização. A repressão exercida pelos Estados contra minorias étnicas começa a se esvaír, resultando em conflitos entre diversos grupos minoritários.

Assim, surgem novas políticas excludentes de minorias, levando conseqüentemente à insurgência de fluxos migratórios. Ademais, problemas de criação de vínculos de cidadania, causados por criação de novos Estados, levaram, junto com as situações já mencionadas, ao reconhecimento de um novo grupo de pessoas, os apátridas (LISOWSKI, 2012, p.113-115). Esse grupo, tratado até a 2ª Guerra Mundial conjuntamente aos refugiados, começa então a ser analisado de forma distinta, no campo jurídico e no doutrinário.

Porém, apesar de os exemplos apontados serem cruciais para o entendimento de como surge a apatridia, não esvaziam o rol de possibilidades. Usualmente, a apatridia se relaciona a períodos de alterações em contextos específicos de relações internacionais. Assim, podem resultar em surgimento de casos de apatridia, mudanças nas fronteiras internacionais e, visando manipulação de certa situação política, lacunas legislativas acerca da nacionalidade ou políticas a fim de exclusão e marginalização de grupos minoritários (UIP; ACNUR, 2014, p. 5).

Sejam quais forem as causas, o resultado que se têm é o mesmo, indivíduos privados de seus direitos mais básicos. Dentre eles,

documentação básica, necessária para exercer quaisquer atividades laborais, direito a atendimento médico, a educação, a estabelecer vínculo conjugal, a utilizar do meio jurídico para requerer direitos, e tantos outros que, ultimamente, são reflexo da falta do direito à cidadania, sagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 15, inciso I. (UNHCR, 2014, p. 6). Como bem descreve Hannah Arendt, “ser privado da nacionalidade é como ser privado da pertença ao mundo” (UIP; ACNUR, 2014, p. 6).

Similar, em certos pontos, às minorias sociais, os apátridas representam uma falha na noção de direitos humanos originada após a Revolução Francesa. Tais coletivos denotam o real alcance de tais direitos sob o ponto de vista do Estado-Nação. Tal perspectiva clássica, baseada na tríade Estado-Povo-Território, define que a nação, ao supostamente expressar a vontade geral, se põe superior às visões individuais, definindo os direitos pertencentes aos indivíduos que a constituem.

No entanto, esse entendimento pressupõe a homogeneidade do povo que constitui certo Estado. Assim, minorias são marginalizadas e, aqueles que não possuem o vínculo de nacionalidade, excluídos não só da possibilidade de deliberar acerca de direitos, como de tê-los (BRITO, 2013, p. 85-86).

Para lidar com tais situações, três anos após a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, tem-se a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954. Tal convenção não só foi o primeiro acordo internacional a se referir ao fenômeno da apatridia, como também é até os dias atuais o único tratado específico acerca do tratamento a esses indivíduos. Nela há a definição de quem pode ser considerado apátrida, além de determinar os direitos básicos que a eles devem ser assegurados. No entanto, não se articula de forma a definir medidas necessárias aos Estados para fornecer a esse grupo o direito primordial que lhes é privado, o da cidadania.

Assim, em 1961 é realizada a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia. Finalmente, são estabelecidos pontos a serem tomados

pelos países visando a erradicação desse problema. Como exemplo, estabelece que, ao nascer no território de um Estado algum indivíduo que, sem a nacionalidade dele, se tornaria apátrida, o signatário tem o dever de fornecer a nacionalidade a essa pessoa. Além disso, obriga signatários a fornecer nacionalidade a indivíduos filhos de nacionais, mesmo se nascidos fora de seu território. Tais pontos impedem casos de apatridia resultante de especificidades de nacionalidade, respectivamente aquele nos países que adotam o *jus sanguinis*, e este nos que adotam o *jus solis*.

Além disso, também é disposto na convenção definições tratando da renúncia e da retirada de cidadania. Tanto neste quanto naquele caso, é visto como objetivo principal que seja impedido a existência de pessoas sob essa condição. Inclusive, em seu artigo 9º, é apresentada claramente a tentativa de impedir que perseguições a minorias (em específico raciais, religiosas, étnicas ou políticas) resultem na retirada de seus direitos humanos.

Ambas convenções, amparadas pelas Nações Unidas, apresentam um entendimento internacional acerca do tema sob uma ótica mais globalizada. Em um aspecto mais regionalizado, a primeira menção aos apátridas se deu na Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano, de 2010. Nela, esses indivíduos são inseridos como um grupo a ser protegido, visando o acesso a todos ao direito de nacionalidade. Além disso, são postos como indivíduos a serem protegidos junto com os refugiados, os quais, porém, já possuem políticas protetivas desde a Declaração de Cartagena, de 1984.

Assim, nessa declaração, intitulada como Declaração de Brasília, tem-se como valor norteador o respeito ao multiculturalismo, baseando-se numa ideia de inclusão daqueles que adentram os países ao salientar as benesses resultantes. A fim de instaurar isso, é proposta a revitalização do Plano de Ação do México de 2004, especialmente seus programas definidos: fronteiras solidárias, cidades solidárias e reassentamento solidário.

Esse plano, resultado de uma reunião revisional da Declaração de Cartagena, mantém o mesmo espírito trazido por ela, evocando uma

visão focada nos proveitos resultantes da integração de refugiados às populações internas. Nele, foram estabelecidos vários pontos a serem implementados pelos países para devidamente integrar os migrantes que adentravam, de forma a impedir a xenofobia e visando a colaboração com os outros Estados regionais. Ainda nela, é substituída a noção de “burden sharing”, que tomava os migrantes como um peso a ser compartilhado pelos países, por uma ideia de solidariedade entre esses, a fim de privilegiar a integração dos Estados ao tratar desses aspectos.

Porém, inúmeros pontos lá tratados não foram efetivados pelos países participantes. Assim, em 2014 é realizada outra reunião revisional, conhecida à época como Cartagena + 30, a qual resultou no Plano de Ação do Brasil. Esse plano se diferencia do seu anterior no ponto de incluir a questão da apatridia. Vale salientar que tal questão foi debatida em encontros prévios à reunião, fazendo parte dos 4 eixos temáticos: proteção internacional; enfoque diferenciado de idade, gênero e diversidade; soluções duráveis; e apatridia. Dentro do plano, são estabelecidas metas e objetivos gerais a refugiados, asilados e apátridas, mas acaba dedicando seu sexto capítulo especialmente à questão da apatridia.

Nesse capítulo, é reafirmada a Declaração de Brasília, além de incentivar os países a tomarem medidas que facilitem o fornecimento dos documentos que comprovem a cidadania. Essa especificidade existe para impedir o surgimento de novos apátridas, indo em concordância com as definições da convenção de 61.

Apesar dessas convenções e declarações, o Brasil somente incluiu em sua legislação interna a figura dos apátridas com a vinda da Lei de Migração (BRASIL, lei nº. 13.445/2017). Essa lei, a qual substituiu o Estatuto do Estrangeiro de 1980, já em seu 1º artigo inciso VI, conceitua o apátrida como a “pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo sua legislação”. Como dito no próprio artigo, tal descrição é oriunda diretamente da convenção de 54, a qual o Brasil já ratificou.

Tratando individualmente dos apátridas, a lei reserva seu artigo 26 para tratar deles, especificando pontos como quais direitos são a eles

assegurados, porém focando em questões acerca do reconhecimento da situação de apátrida e, caso seja reconhecida, o que a eles é oferecido. No artigo, ficou definido que o procedimento de naturalização do apátrida seria definido por instituto especial, o qual é estabelecido pela Portaria Interministerial nº 5 de 27/02/2018.

Juntando os critérios definidos nessa portaria, a própria Lei de Migração e o decreto 9199, de 20 de novembro de 2017, o qual traz informações para regular a lei, temos inúmeros pontos pertinentes à análise da situação do apátrida no Brasil. Dentre eles, o fornecimento de visto, a expedição de documentos e a possibilidade e requisitos para a reunião familiar, todos de crucial importância para esses indivíduos.

Entretanto, apesar da óbvia e necessária inovação que trouxe a nova lei, ao se espelhar nos tratados firmados pelo Brasil, inclusivos e multiculturalistas, pretende trazer garantias humanitárias ao ordenamento jurídico nacional. Assim, faz-se mister o questionamento acerca da real eficácia desses pontos.

Acerca do real acesso à proteção supostamente fornecida, percebe-se não somente entraves burocráticos como também um reduzido alcance dessa legislação. Além disso, assim que inseridos na sociedade civil, é de crucial importância entender a situação de vida que lhes espera, usualmente sujeita à xenofobia e dificuldades de se incluírem nas esferas da vida pública.

2. Impasses para reconhecimento da apatridia

Inicialmente, vale fazer uma análise acerca da definição de apátrida trazida pela Lei de Migração. Como já exposto, ela condiz com o que trouxe a convenção de 54. Tal definição se baseia somente na nacionalidade factual, sem análise da efetividade material de tal vínculo. Nessa descrição tem-se o que os doutrinadores entendem como apátrida *de jure*, ou seja, de direito. A outra forma de apatridia existente, definindo a dicotomia que é consensual na literatura jurídica, é a de fato (BICHARA, 2017, p. 239).

O apátrida de fato, é aquele que, apesar de formalmente possuir o vínculo de nacionalidade, não o possui de forma efetiva. Acerca disso, há certo dissenso no campo do Direito Internacional sobre quais pontos que são necessários para configurar a nacionalidade. Porém, é consenso que os constitutivos básicos e mínimos para isso são: os direitos de adentrar e retirar-se do território de seu país e de receber proteção diplomática dele no exterior (ACNUR, 2010, p. 6).

Assim sendo, não providos esses requisitos é entendido que não se tem, efetivamente, a nacionalidade assegurada. Resultante disso, em reunião acerca do assunto, promovida pela ACNUR, os apátridas de fato foram definidos como “pessoas fora de seu país de nacionalidade que devido a motivos válidos não podem ou não estão dispostos a pedir proteção a seu país”.

Para melhor entender essa descrição, vale salientar alguns motivos que levam a eles não poderem recorrer a seus países de origem. Pode resultar nisso: a rejeição do país de auxiliar, usualmente resultante de alguma perseguição; o Estado estar em situação de guerra, não sendo possível o auxílio; o Estado em que o indivíduo estar não manter relações diplomáticas ou consulares com o país de que ele emigrou; ou, devido a falta de documentação e recusa do país de origem de cooperar com a identificação e retorno do indivíduo, estar em um país estrangeiro sem quaisquer documentos (ACNUR, 2010, p. 7-8).

Obviamente, caso a apatridia de fato resulte de uma perseguição a um grupo, é possível que o indivíduo seja visto como refugiado. Dessa forma, a proteção a ele será conforme as legislações que a este grupo amparam, sob o leque da ACNUR, segundo a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, o protocolo de 1967 e, em nível regional, a Declaração de Cartagena, suas reuniões revisionais e o Estatuto dos Refugiados (BRASIL, lei nº 9474/97).

Porém, nem sempre a apatridia de fato estará relacionada a alguma perseguição. Esses são os apátridas de fato que não possuem qualquer proteção legal, não sendo resguardados pelas legislações acerca dos refugiados,

nem as relacionadas aos apátridas de direito. Assim, visando sanar essa problemática, a ata final da convenção de 61 recomenda aos países que, quando possível, os apátridas de fato sejam aproximados aos de direito.

No entanto, tal aproximação raramente é possível, resultando em um grupo desprotegido, que curiosamente é mencionado na Lei de Migração. Em seu artigo 49 § 4º, tratando dos casos de repatriação, é apresentada a dicotomia apátridas de fato e de direito. Ora, se é reconhecida a sua existência dentro do ordenamento, não é lógica a falta de proteção a esse grupo, especialmente em uma legislação que tenta seguir o passo da Declaração de Cartagena em ser humanitária e inclusiva.

Ainda tratando dos impasses à efetivação dos direitos dos apátridas, é interessante a análise da possibilidade de reunião familiar, assim como o processo necessário para isso. O alcance definido para os parentes que podem utilizar disso está descrito no artigo 153 do decreto nº 9199 de 2017, o qual define a reunião familiar para qualquer migrante que está no Brasil.

No entanto, o impasse se mostra no artigo 15 da portaria nº 5 de 28/02/2018. Lá, é apresentado os documentos que precisam ser apresentados pelos parentes a fim de conseguir a reunião familiar. São requeridos a apresentação de documentos comprovando o grau de parentesco, documento de viagem, certidão de antecedentes criminais e documento de identificação, endereço e local de nascimento.

Aos parentes que requerem a reunião familiar não há liberação dessas exigências, diferentemente do solicitante de reconhecimento de apatridia (artigo 6º § 1º e 2º, dessa mesma portaria). Ora, há obviamente um impasse burocrático inicial por ter que se comprovar uma relação de parentesco com alguém que, aos olhos do Estado originário, nem sequer existia.

Além disso, é comum que a situação de apátrida afete mais de um membro da mesma família, usualmente em casos de apatridia que afligem um grupo específico. Disso, resulta que em esses indivíduos também não possuam quaisquer documentos de identificação. Assim, os apátridas que no Brasil solicitam amparo podem acabar fadados a perder o contato

de sua família. Vale salientar que, como aponta o artigo 226 da Constituição Federal, que a família é a base da sociedade brasileira, sendo no caso dos apátridas algo que lhes é privado.

Ademais, outra definição trazida pela portaria interministerial que dispõe sobre os apátridas determina que os pedidos de reconhecimento da condição de apatridia sejam apreciados pela Secretaria Nacional de Justiça. Tal disposição é uma afronta direta ao Plano de Ação do Brasil, definido somente 3 anos antes da promulgação da lei. Em seu capítulo sexto, ponto “d”, é defendido que seja assegurada ao CONARE a tarefa de analisar os pedidos.

Essa definição se baseia no maior entendimento que esse comitê tem acerca de migrações de crise, possuindo contato com órgãos filantrópicos e o próprio ACNUR. Assim, a análise seria feita de forma mais segura e competente. Atualmente, a única possibilidade de análise de apatridia ser feita pelo CONARE é quando ela for requerida juntamente com a solicitação de refúgio.

Curiosamente, a previsão legal de análise dos casos de apatridia pelo CONARE existia no anteprojeto da Lei de Migração e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, apresentado em 2014, porém, essa parte da legislação acabou não sendo mantida (BICHARA, 2017, p. 250).

3. Integração à sociedade civil

Além dessas problemáticas acerca da entrada, também é enfrentado pelos apátridas dificuldades para se integrar à sociedade civil. Perante uma onda internacional de aumento do isolacionismo dos países e aversão ao que os críticos chamam de “globalismo”, movimentos presentes na política e na forma de pensar do brasileiro, o aumento da xenofobia é um resultado lógico.

Para entender maneiras possíveis de aliviar essa situação para esses grupos, devem ser levados em consideração compromissos assumidos pelo Brasil em acordos internacionais. Em específico, acordos regionais

como a Declaração de Cartagena de 1984 e suas reuniões revisionais trouxeram pontos a serem aplicados a fim de fornecer condições básicas para uma vida plena, não somente aos refugiados, mas a todos os imigrantes, incluindo os apátridas,

Especialmente, o Plano de Ação do México de 2004 trouxe em seu capítulo terceiro um tripé a ser aplicado com essa finalidade, as chamadas soluções duradouras. São elas: Cidades Solidárias, Fronteiras Solidárias e Reassentamento Solidário. Essas soluções, por sinal, reiteradas na Declaração de Brasília e no Plano de Ação do Brasil.

Dentre os planos, o primeiro a ser apresentado é o das Cidades Solidárias. Nele, as metas apresentadas são a fim de evitar movimentos migratórios secundários. Para isso, é definido que deve ser levado em consideração o perfil socioeconômico de cada país para da melhor forma integrar os indivíduos à sociedade.

Posteriormente, é apresentado o programa Fronteiras Solidárias, onde é salientada a integração dos Estados entre si e com a sociedade civil. Dentre outros pontos extremamente úteis, está o de execução de programas de sensibilização dirigidos às populações locais.

Tal ponto merece um destaque por abordar uma das maiores dificuldades da integração de imigrantes, a discriminação que eles sofrem. Devido à xenofobia sofrida, é comum a dificuldade de conseguir vínculo empregatício, de se relacionar com pessoas da comunidade e de, ultimamente, participar da esfera pública. Caso esses programas fossem aplicados, possivelmente os membros da sociedade teriam um melhor entendimento da situação de vida dos migrantes, seus motivos para migrar e os benefícios advindos de sua presença na sociedade, reduzindo com isso as demonstrações xenofóbicas a eles direcionadas (BARICHELLO, 2012, p. 47-48).

Ainda dentro do programa Fronteiras Solidárias, é salientada a necessidade de obtenção de dados acerca dos migrantes de crise que residem no país, a fim de planejar corretamente os planos de assistência e proteção a eles. Tal ponto, de certa forma até lógico, é obviamente mal aplicado no caso do Brasil.

Segundo dados do ACNUR, no ano de 2018, o Brasil possuía 203.790 pessoas sob alguma das condições de interesse à organização, ou seja, esse número resulta de deslocados internos, refugiados, asilados e apátridas. Acerca desses grupos, diferentemente de inúmeros outros países, o Brasil não possui dados demográficos, como de faixa etária e sexo, além de não manter registro de onde se encontram, com exceção daqueles que se encontram em campos de recepção (UNHCR, 2019). Esse descaso do governo brasileiro somente reflete o quão vazio se tornaram esses compromettimentos, os quais apesar de tentarem ser revitalizados na Declaração de Brasília (ACNUR, 2010, p. 3), em nenhum momento foram efetuados.

Além desses pontos, também são propostos: a elaboração de Planos Estratégicos Regionais para prover assistências específicas; relocação para zonas rurais de indivíduos que possuem perfis que a ela melhor se adaptariam; e enfoque nas diferenças das necessidades resultantes de etnicidade, sexo, idade e deficiências. Assim como os anteriores, tais pontos não foram implementados.

Por fim, nesse plano é proposto pelo governo brasileiro o programa de Reassentamento Solidário. Esse programa então salienta a ideia de responsabilidade compartilhada dos países da região para, quando necessário, realocar indivíduos entre a região da América Latina.

Porém, é sabido que inúmeros pontos não foram devidamente implementados. Assim, considerando isso e a mudança das situações enfrentadas pelos países, no Plano de Ação do Brasil, de 2014, são reiteradas as medidas previstas no plano do México, porém sendo estabelecidos diversos novos programas para efetivamente impactar na vida dos indivíduos em situação de risco.

Dentre esses, acabam sendo inseridos pontos previamente não analisados, como a atenção a grupos vulneráveis, os quais são mais facilmente vítimas de abusos, violência e tráfico humano, quando sob o contexto de migrantes. Além disso, a visão de integração do indivíduo é posta lado a lado com a de repatriação, sendo que ambas possibilidades devem a eles ser facilitadas.

Para tratar da integração, os mesmos pontos apresentados no programa Fronteiras Solidárias são reiterados, porém sob uma ótica majoritariamente focada na integração cultural. Isso acaba se contrapondo com a aversão ao multiculturalismo. Esse sentimento, preponderante em nossa sociedade, resulta de uma noção de dignidade pautada pelo igual. Assim, uma visão necessária e que se contraria à esta é excepcionalmente exposta por Pereira e Filho (2008, p. 73), como:

“Uma dignidade que comporte o não-ser, o nada, o impuro, o sem pátria, o diferente. Só há dignidade reconhecida se está reconhecida a diferença; o direito de ser diferente. A dignidade do igual já não é mais satisfatória. A dignidade do igual é mantenedora da lógica da totalidade e do olhar do mesmo perante o outro.” (PEREIRA;FILHO, 2008, p.73)

Ademais, tendo por base uma visão mercantil é apresentado o programa Mobilidade Laboral, onde se apresenta a ideia de fomentar programas de capacitação profissional para, posteriormente, integrar os indivíduos ao mercado de trabalho ou realocá-los a países que ofereçam a possibilidade de autossuficiência econômica a esses indivíduos.

Porém, apesar de tais propostas terem sido feitas nesse plano, de certa forma reafirmando o mesmo teor existente desde a Declaração de Cartagena, passando por San José em 1994, o Plano de Ação do México e a Declaração de Brasília, elas acabaram não sendo devidamente implementadas. Não só a Lei de Migração não apresenta esforços a serem tomados nesse sentido, como nas portarias e resoluções dela resultante também não são figuradas tais ideias. Especificamente, a maior parte das resoluções apresentadas se relacionam a questão laboral, porém não voltada a pessoas que necessitam de auxílio empregatício, somente àqueles que ao Brasil já adentram em situação de segurança socioeconômica.

4. Conclusões

Face os pontos aqui apresentados, é claro que o resultado mais direto desse descaso governamental resulta, ultimamente, no distanciamento

desse indivíduo da dignidade que a eles é merecida. Princípio fundamental sagrado na Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana acaba não sendo assegurada aos apátridas e, vale ser dito, em certos pontos também a outros migrantes resultantes de crise. Como já apresentado, em um contexto internacional pautado pelos Estados-Nações, baseados na homogeneidade da população em seu território, o que não pertence a esse corpo uniforme têm seus direitos excluídos. A partir desse problema apresentado, Hannah Arendt traz a ideia de os direitos humanos não resultarem de um vínculo a certo poder estatal, mas sim de um mero resultado de sua humanidade. Dessa forma, é inalienável a qualquer pessoa ter direitos (BRITO, 2013, p. 86).

Esse debate do direito a ter direitos, de extrema pertinência no caso dos apátridas, usualmente acaba retornando à esse ideal de Hannah Arendt como forma de resolução da problemática. Porém, para isso ser atingido é necessário que exista uma maior participação de organismos internacionais, agindo de forma a promover integrações entre os diversos Estados envolvidos.

Enfim, a aplicação dos pontos apresentados em tratados internacionais, especialmente aqueles que facilitariam a integração do apátrida na sociedade civil, seriam proveitosos por conseguirem, aos poucos, ir fornecendo a essas pessoas uma situação de vida que durante suas vidas lhes foi negada. Essa seria uma vida onde seriam sujeitos de pleno direito, participantes da vida pública, podendo finalmente ser alguém aos olhos do Estado e da sociedade. Porém, para isso é necessário obviamente que sejam removidos os impasses que a Lei de Migração trouxe consigo.

A problemática dos impasses acaba remetendo logicamente à aversão ao apátrida e ao estrangeiro. Em uma sociedade que pauta sua dignidade no igual, a instauração de obstáculos à inclusão de quem não se configura desse corpo homogêneo é, tristemente, esperado. Porém, em um sistema multiculturalista globalizado, tal visão não é cabível, sendo necessário, seguindo a mesma lógica arendtiana, uma noção de dignida-

de plural, que incluía, agregue e aproveite todos os bens trazidos pelo diverso.

Referências

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Global Action Plan to End Statelessness**, novembro 2014.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas**, 28 setembro 1964. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_sobre_o_Estatuto_dos_Apatridas_de_1954.pdf> Acesso em: 13 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm> . Acesso em: 20 maio 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Convenção para a Redução dos Casos de Apátridia**, 30 agosto 1961. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_para_a_Reducacao_dos_Casos_de_Apatridia_de_1961.pdf> . Acesso em: 13 maio 2019.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **O Conceito de Pessoa Apátrida segundo o Direito Internacional**, 28 maio 2010. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/O_Conceito_de_Pessoa_Apatrida_segundo_o_Direito_Internacional.pdf?view=1> Acesso em: 27 maio 2019.

Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, 16 nov. 2004. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_e_Plano_de_Acao_do_Mexico.pdf>. Acesso em: 23 maio 2019.

Plano de Ação do Brasil, 3 dez. 2014. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9866.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2019.

PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; FILHO, José Carlos Moreira da Silva. Direitos humanos, dignidade da pessoa humana e a questão dos apátridas: da identidade à diferença. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 67-81. Jul./Dez. 2008.

BICHARA, Jahyr-Philippe. O tratamento do apátrida na nova lei de migração: Entre avanços e retrocessos. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 14, n. 2, p. 237-252. Ago. 2017.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano**, 11 nov. 2010.

LISOWSKI, Telma Rocha. A Apatridia e o “Direito a ter Direitos”: Um Estudo sobre o Histórico e o Estatuto Jurídico dos Apátridas. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 3, p. 109-134, 2012.

UNIÃO INTERPARLAMENTAR; ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. **Nacionalidade e Apatridia: Manual para parlamentares**, 2014.

BRITO, Fausto. A politização das migrações internacionais: direitos humanos e soberania nacional. **Revista Brasileira de Estudos de População**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 77-97, jan./jun. 2013.

BRASIL. **Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm>. Acesso em: 20 maio 2019.

BARICHELLO, Stefania Eugenia. A evolução dos instrumentos de proteção do direito internacional dos refugiados na América Latina: da convenção de 51 ao plano de ação do México. **Universitas Relações Internacionais**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 33-51, jan./jun. 2012.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **Global Trends in Forced Displacement: 2018**, junho 2019.

**“O sul é o nosso norte?”:
a integração regional sul-americana nas
encruzilhadas da atual política externa brasileira ¹**

Alana Souza Barreto Sena ²

1. Introdução

Frente à reorganização mundial no início da década de 1990 com o fim da Guerra Fria, o caminho encontrado por muitos países se pautou no desenvolvimento por meio da integração regional, sobretudo aqueles que se encontravam fora do eixo Estados Unidos-União Soviética. Tal processo inaugurou um panorama influente naquilo que definiria a posição dos países frente aos demais.

Esse recorte temporal permite uma melhor leitura acerca do horizonte aqui perseguido, haja vista que explica a especificidade do fenômeno vivido pelos países localizados do hemisfério sul a partir de então, isso porque:

O triunfo do capitalismo sobre o socialismo soviético em 1989 deu impulso à globalização em sua dimensão horizontal e vertical. Três fatores influíram sobre o reordenamento das relações internacionais: a ideologia neoliberal, a supremacia do mercado e a superioridade militar dos Estados Unidos. [...] Essa tendência histórica deparou-se, entretanto, com duas outras, uma que a

¹ Trabalho apresentado ao Grupo de Trabalho 5 (Política internacional) do XL Encontro Nacional de Estudantes de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 14 a 20 de julho de 2019.

² Graduanda no curso de bacharelado em Direito da Universidade Estadual de Santa Cruz – UESC. *E-mail*: lana-barreto@hotmail.com.

continha e outra que a embalava: a formação de blocos econômicos e a nova assimetria entre o centro do capitalismo e sua periferia (CERVO; BUENO, 2011, p. 487).

Essa análise expõe importantes aspectos para a compreensão acerca dos estágios que fizeram desembocar no atual cenário da política externa brasileira. Primeiro, traz em seu bojo uma classificação de grande valia para o desenvolvimento deste breve estudo, quando afirma a existência de uma periferia. Em termos globais, a parcela periférica a qual se refere é configurada principalmente pelos países do Sul que, fora do centro do capitalismo, foram impactados pelas necessidades advindas dessa condição.

Nesse sentido se explica que “a ascendência da hegemonia estadunidense desencadeou a reorganização das relações internacionais empreendida nos moldes dos vencedores da guerra” (OSÓRIO, 2018, p. 80). Logo, partindo desse pressuposto e da posição reservada à América do Sul dentro do contexto de concentração de poderes nos países altamente desenvolvidos, emergem então questões atinentes aos desafios da sua inserção nesta cena. Cabendo então uma análise segundo a qual

os países médios que constituem a América do Sul se encontram diante do dilema ou de se unirem e assim formarem um grande bloco de 17 milhões de Km² e de 400 milhões de habitantes para defender seus interesses inalienáveis de aceleração do desenvolvimento econômico, de preservação de autonomia política e de identidade cultural, ou de serem absorvidos como simples periferias de outros grandes blocos, sem direito à participação efetiva na condução dos destinos econômicos e políticos desses blocos, os quais são definidos pelos países que se encontram em seu centro (GUIMARÃES, 2008, p. 59).

Logo, diante de tamanhas questões e da necessidade em alcançar certa da autonomia, o Brasil, como o maior território e potencial econômico-produtivo subsistente componente dessa sub-região³, assumiu uma

3 A América do Sul é uma sub-região do continente americano.

segunda metade da década de 1990 uma posição balizadora na promoção da integração regional, figurando como liderança nesse processo. No entanto, ao confrontar tal forma com o delineamento atual, a política externa brasileira vem se mostrando cada vez mais distante de um propósito autônomo e autossuficiente.

Tal afirmação é melhor elucidada frente, quando são explorados alguns dos impactos da política externa brasileira em afeto à integração regional sul-americana ao longo dos mandatos presidenciais que, desde o contexto da década de 1990, se mostraram relevantes para a perseguição do objetivo aqui proposto. Importa ainda precisar que o presente estudo é uma análise parcial, haja vista ser recente a atual configuração do Executivo, o que motivou a utilização do método de retomada histórica, a fim de oportunizar a formação de um aporte sobre o qual partirá a análise acerca do caminho que vem trilhando o Brasil em relação aos seus vizinhos.

Desde já, para afastar a expectativa audaciosa de análise do histórico político-internacional regional brasileiro de todos esses anos, nesta oportunidade se delimita um aporte específico, com base na temporalidade dos mandatos presidenciais. O texto versará com maior dedicação sobre os governos de Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, haja vista a extensão dos mesmos e o número de informações pertinentes ao objetivo central desta pesquisa, qual seja, a leitura do atual momento vivido pelo Brasil no que se refere à sua atuação externa na integração da região sul-americana.

Para tanto, se baseou na análise qualitativa de fontes bibliográficas, documentais e *online*, tendo como principal nesta última categoria as publicações oficiais no sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil. Assim, se desenvolveu de forma analítica, exploratória e descritiva, a fim de alcançar melhor exame da política externa regional brasileira praticada nos cinco primeiros meses do ano de 2019, dado o início de um novo mandato presidencial, o qual, conforme se demonstra, é fator de impacto nas atividades internacionais do Estado.

As anotações que se seguem procuram criar um subsídio para análise das recentes medidas brasileiras tidas como afetas à integração regional. Inicialmente, faz-se um breve apanhado histórico, o qual cria um plano de fundo para o detalhamento seguinte acerca das recentes influências e deliberações no tocante à integração regional. Acerca destas, a pesquisa se concentra em três pontos, quais sejam: na figura do novo Ministro das Relações Exteriores e do chefe de Estado, bem como em alguns de seus pronunciamentos; na relação Brasil-Venezuela; e no anúncio de saída do Brasil da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL) e posterior criação do Fórum para o Progresso e Desenvolvimento da América do Sul (PROSUL). Ao final, trilhado esse caminho, busca-se oportunizar uma reflexão acerca da atual política externa brasileira e esta, em termos regionais, tem tido o Sul como norte.

2. Apontamentos para um breve histórico da política externa regional brasileira a partir de 1990

Historicamente, com o fim da guerra fria em 1989, o mundo iniciou seu processo de realinhamento sob a égide do capitalismo, esse processo também ficou conhecido como globalização. Tal cenário impactou diretamente a dinâmica da política externa dos países, sobretudo aqueles que se encontravam fora do centro capitalista e precisavam encontrar um caminho frente à assimetria existente entre esse eixo e a periferia inaugurada pela nova ordem econômica. O último decênio do século XX, com a derrocada da União Soviética, impulsionou o fenômeno globalizante de modo que foi vendida mundialmente uma solução para o esgarçamento da coesão socioeconômica, esta consistiu na reorganização estrutural das condições de valorização do capital o que impôs uma nova formação da sociedade capitalista (OSÓRIO, 2018).

Logo, a década de 1990 inaugurou também no Brasil uma necessidade de reorganização da sua posição externa e formulação de novas

diretrizes e estratégias a serem levadas pelo Itamaraty⁴ para fins de inserção do país no novo cenário mundial. Isso tudo, com o agravante da adjacência em relação ao grande centro capitalista encabeçado principalmente pelos Estados Unidos e União Europeia. Tal conjuntura mostra que

a mudança gera descompasso. Se no centro do capitalismo (Estados Unidos e Europa) a discussão é diluída; os autores voltados à periferia mundial viabilizam seu desenvolvimento mais substancial, mas ainda sem deslocar-se completamente da base econômica que fundou as ideias pioneiras (OSÓRIO, 2018, p.78).

Tal observação coloca em evidência justamente as diferenças sedimentadas pelo período histórico e as divisões exercidas em âmbito internacional. Enquanto os Estados centrais do capitalismo visavam crescimento, contemporaneamente se formavam hierarquizações e divisões distintas, de modo que o ambiente instável e violento da periferia e semi-periferia delineavam as relações de poder, assim o núcleo metropolitano passava a deliberar acerca do uso da força no cenário internacional e direcionava para as áreas marginais (OSÓRIO, 2018).

A partir de então, importa mencionar que junto às tendências surgidas naquela conjuntura, a formação de blocos econômicos foi uma das estratégias difundidas, demonstrando que a superação de limitações dos países individualmente considerados poderia ser alcançada por meio da cooperação. Tal aspecto, no entanto, não foi de pronto acertado no contexto sul-americano. O Brasil, por exemplo, enquanto maior país do continente e recém-ingresso no Mercado Comum do Sul (Mercosul), ainda denotava durante a primeira metade da década de 1990 uma “instabilidade de pensamento e estratégia externa” (CERVO; BUENO, 2011, p. 487).

Já a partir de 1995, com Fernando Henrique Cardoso na presidência, a política externa ganhou maior definição, momento no qual também se tornou evidente o estado de subserviência ao centro capitalista, nesse sentido:

⁴ Como também é conhecido o Ministério das Relações Exteriores do Brasil.

As duas ondas de reformas exigidas da América Latina pelos Estados Unidos e pelos órgãos financeiros internacionais, Banco Mundial e FMI, denominadas de boa governabilidade, deveriam resultar em regras e instituições favoráveis à expansão das empresas privadas transnacionais na região. (CERVO; BUENO, 2011, p. 491-92)

Em meio ao processo de expansão de empresas privadas e a projeção de privatizações no Brasil, foi desencadeado um complexo enfraquecimento interno, de modo que dinamizou a “destruição do patrimônio e do poder nacionais” (CERVO; BUENO, 2011, p. 492). A partir de então, com um cenário interno preocupante, em uma tentativa de reconstituir um panorama de crescimento doméstico, a integração regional ganhou um olhar atento e a conjuntura passou a se redesenhar de forma que “lançou-se, desse modo, o conceito de América do Sul como área de fortalecimento prévio das economias regionais sob liderança brasileira” (CERVO; BUENO, 2011, p. 493).

Em suma, toda a década de 1990 retratou uma relação entre Brasil e América do Sul sob um processo de aproximação, com aspectos contraditórios e enfrentamento de desafios como o da inserção no cenário internacional dominado por um eixo capitalista da qual não se faz parte. Nessa circunstância, se aponta que

apesar de o governo Collor ter iniciado o processo de construção do modelo de desenvolvimento neoliberal no Brasil, este só se consolidou no primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), cujo objetivo maior foi estabilizar preços mediante valorização da moeda nacional e abertura comercial, garantida pela entrada e abertura da conta de capitais e estimulada pelas privatizações e pela reforma do Estado (VIANA; BARROS; CALIXTRE, 2011, p. 178).

Somado a isso, o avanço desse experimento neoliberal colocou o Brasil, junto à América do Sul, sob uma política internacional estanque. Conforme elucida que

desde o início da década de 1990, o Brasil traçou uma estratégia regional que permaneceria invariável: reforço do Mercosul com convergência política entre Brasil e Argentina e organização do espaço sul-americano com autonomia perante os Estados Unidos. (CERVO; BUENO, 2011, p. 521)

Frente a isso, a virada de século e o fim do mandato de Fernando Henrique Cardoso no ano de 2002 culminaram em mudanças significativas para a política externa brasileira em âmbito regional. A chegada de Luiz Inácio Lula da Silva à presidência da república abriu novos caminhos para que o Brasil se posicionasse de forma interdependente no cenário internacional, bem como para que exercesse um papel de alinhamento aos países vizinhos.

No início do governo Luiz Inácio Lula da Silva, em 2003, com a ênfase Sul-Sul da política externa, a região deixa de ser vista apenas como mercado cativo para ser o espaço legitimador de atuações maiores, como as participações no G 20 comercial e no G 20 financeiro, e as conquistas para a realização dos Jogos Olímpicos e da Copa do Mundo. Estes projetos contaram com o apoio conjunto dos países da região [...] o paradigma liberal de integração não mais justificava o sentido da política externa brasileira [...] O fantasma da integração inevitável com os EUA foi substituído pela necessidade de se gerir a integração sul-americana como meio prioritário de impulsionar o desenvolvimento nacional dos países (VIANA; BARROS; CALIXTRE, 2011, p. 189).

Embora esse interesse já se encontrasse na rota da política exterior brasileira desde o fim do segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, a forma com a qual essa pauta foi desempenhada pelo governo Lula revelou caminhos táticos diversos, sobretudo porque “o projeto de expansão do bloco em direção à América do Sul, promovido pelo corpo diplomático, ganhou defensores na própria Presidência brasileira e em parcela da sua base de apoio político” (MARIANO, 2015, p. 201).

Com a reeleição do presidente em 2006, ele “estava determinado a aprofundar ainda mais sua política externa com relação à América do Sul, disponibilizando mais recursos econômicos aos países vizinhos e teria como prioridade o Paraguai e o Uruguai” (MARIANO, 2015, p. 209).

Ademais, propunha algo tido como inovador nessa questão já que “mais do que a oferta de benefícios econômicos aos parceiros, agora surge a possibilidade de lidar com os custos políticos comumente presentes em processos de integração mais profundos” (MARIANO, 2015, p. 209), lançando mão de aparatos supranacionais.

No ano de 2008, ainda durante o segundo mandato do governo Lula, é alcançado um grande feito com a constituição da União das Nações Sul-Americanas (Unasul), o que expande os assuntos econômicos para uma cooperação também no âmbito geopolítico e social. Estas, enquanto matérias de interesse comum da cúpula dos Estados sul-americanos. Nesse viés,

aUnasul, portanto, procura estender seu espectro de atuação para a integração econômica da América do Sul como um todo, mediante três eixos temáticos: *i*) infraestrutura, com a incorporação da Iniciativa para a Integração da Infraestrutura Regional Sul-Americana (IIRSA) ao Conselho Sul-Americano de Infraestrutura e Planejamento (Cosiplan); *ii*) finanças, com a Nova Arquitetura Financeira Regional (NAFR); e *iii*) defesa, com a criação do Conselho de Defesa Sul-Americano (CDS) (VIANA; BARROS; CALIXTRE, 2011, p. 189).

O surgimento do Conselho de Defesa Sul-Americano firma ainda o objetivo de “afastar potências e organizações externas das questões de segurança da América do Sul, mantê-la como zona de paz e de negociação e solucionar eventuais conflitos regionais” (CERVO; BUENO, 2011, p. 541).Ratificando, mais uma vez, um caminho de autonomia buscado pelas diretrizes da política internacional até então praticada.

3. As encruzilhadas da atual política externa brasileira

Conforme visto, a integração regional sob a perspectiva da atuação externa do Brasil vinha em um movimento crescente, haja vista as mudanças implementadas a partir do final da década de 1990 e, sobretudo, do primeiro decênio do século XXI quando o assunto foi elevado à priori-

dade dentro da pasta do Ministério das Relações Exteriores durante o mandato do presidente Lula. Subsequentemente, só no ano de 2019 a questão ganhou de fato nova roupagem com inovações pertinentes à análise do objeto de pesquisa.

A partir do empossamento do atual presidente da república, Jair Messias Bolsonaro, apesar de ocupar há pouco tempo o Executivo, o cenário já apresenta mudanças significativas passíveis de ponderações. No Ministério das Relações Exteriores, por exemplo, a nomeação do embaixador Ernesto Araújo como ministro responsável pela pasta impactou em muito o modo de exercer a diplomacia no meio sul-americano. Nesse sentido:

À luz dos primeiros 100 dias do governo Bolsonaro, tornam-se cada vez mais evidentes os traços de ruptura que a gestão Araújo pretende inculcar nas relações exteriores do país, em contraponto direto a certo grau de continuidade mantido desde finais da década de 1990. Há que se argumentar, dada a conjuntura atual, que as últimas quatro presidências pareceram mais brandas em suas mudanças de política externa do que se supunham. Já a provável ruptura em política externa que desponta atualmente seria tão mais perceptível quanto a sua capacidade de promover mudanças para além dos ajustes de ênfase (SOUZA, 2019, *online*).

De início se observa pelo próprio discurso do *chanceler*⁵ que o mesmo, de pronto, expressa críticas contundentes ao governo venezuelano, bem como se manifesta afirmando que “admiramos os países latino americanos que se libertaram dos regimes do Foro de São Paulo⁶” (BRASIL, 2019b, *online*). Em sede regional, mesmo com extensa fala preponderantemente poética e religiosa, as menções relacionadas à sub-região se resumem aos aspectos acima elencados.

Em suma, o ministro cita a Organização Mundial do Comércio e a preocupação com a inserção econômica do Brasil no cenário mundial, faz

5 Como também é conhecido o Ministro das Relações Exteriores no Brasil.

6 O Foro de São Paulo se constituiu em 1990 quando o Partido dos Trabalhadores (PT) convocou outros partidos da América Latina e Caribe com o objetivo de debater a nova conjuntura internacional pós-queda do Muro de Berlim e as consequências da implantação de políticas neoliberais pela maioria dos governos da região. Nesse sentido, a proposta principal foi discutir uma alternativa popular e democrática ao neoliberalismo, que estava entrando na fase de ampla implementação mundial (BRASIL, 2008, *online*).

referências à Organização das Nações Unidas, fala do amor à pátria, tece críticas ao globalismo⁷, mas não faz qualquer alusão à integração regional. Corroborava para tanto a afirmação que

desde o discurso de sua posse, o ministro das Relações Exteriores, o diplomata Ernesto Araújo, verbaliza o que vem a ser um amplo questionamento à política externa brasileira, principalmente às ideias de multilateralismo e universalismo que se associaram no tempo a práxis do Itamaraty. O chanceler tem feito de suas aparições e declarações públicas uma espécie de tentativa de adequação conceitual acerca do que é e para quê serve a política externa de Estado, tornando-a mais concatenada com a agenda governamental doméstica da gestão Bolsonaro. De princípio, a propaganda oficial emula a percepção de que a nova política não permite rotulagens e nem fáceis assunções sobre o que pretende a atuação do Ministério das Relações Exteriores (MRE) do País no novo governo. Não obstante a validade do *slogan*, a ausência de clareza e o abuso de falas desconexas nos discursos ministeriais agem como elementos que reforçam o sentido de nebulosidade em relação aos meios e aos fins pretendidos pelo governo (SOUZA, 2019, *online*).

Não obstante tais aspectos, as notas à imprensa disponíveis no sítio eletrônico do Ministério das Relações Exteriores já denotam alguns aspectos importantes a serem ponderados. É possível perceber que a tendência à aproximação do presidente da república em relação aos assuntos diplomáticos, perceptível desde a política adotada no segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso, se estende e alcança as atividades do atual chefe de Estado. O perfil de viagens internacionais de caráter bilateral do atual presidente tem demonstrado uma tática sob o viés beneficiário ao seu próprio governo, não necessariamente ao país. Isso porque as reuniões com lideranças de países favoráveis à sua linha de governo, tais como Chile, Paraguai e Israel, bem como a priorização pelo eixo estadunidense, revelam um grau de desprestígio à América do Sul se

⁷Que difere da já mencionada “globalização”, esta consiste na “união dos mercados de diferentes países e a quebra de fronteiras entre esses mercados” (GLOBALIZAÇÃO, 2015). O “globalismo”, por sua vez, designa a “visão econômica e política que considera o mundo inteiro suscetível a influências e domínio políticos; internacionalismo” (GLOBALISMO, 2015).

comparado ao segundo mandato de Fernando Henrique Cardoso e as administrações de Lula e Dilma Rousseff (SOUZA, 2019, *online*).

A impregnação da identidade ideológica do governo é perceptível por diversos aspectos já observados nos caminhos assumidos pelo Itamaraty em âmbito regional, tal afirmativa tem como uma de suas faces a questão venezuelana, sobre a qual se dedicará a próxima seção.

3.1 A questão venezuelana

Já são notáveis os impactos sobre a relação com a Venezuela, acentuados pelo momento que esta vem enfrentando perante uma delicada crise política e social. Em razão disso, o Brasil passou a desconhecer o governo venezuelano aprovado por eleições e reconheceu a presidência de Juan Guaidó, então presidente da Assembleia Nacional da Venezuela. É certo que tal posicionamento do Brasil de forma tão contundente em relação a um aspecto sequer solucionado internamente pelo próprio país já causa consideráveis prejuízos ao diálogo necessário na região e à resolução de tal problemática, acabando por fortalecer a posição de confronto e o isolamento do país vizinho.

Ademais, o reconhecimento brasileiro ao autointitulado presidente da Venezuela, Juan Guaidó, é um fato que coloca o País em uma situação equivocada e que contribui com a retórica intervencionista de Washington. Guaidó, até então presidente da Assembleia Nacional venezuelana, goza de uma situação paradoxal: autoproclama-se presidente de um país ao passo que não possui controle nem material nem efetivo sobre um território no qual, acertadamente ou não, o poder já é exercido por um governo nacional, eleito e constituído (SOUZA, 2019, *online*).

Em contrapartida, com um debate direto prejudicado, tal conjuntura deu origem a uma série de desdobramentos, como os pronunciamentos do Grupo de Lima, formado pela Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Paraguai, Peru e Venezuela, e outros países da América, o qual também reconhece Juan Guaidó como presidente encarregado e

afirma que é ilegítimo o governo de Nicolás Maduro⁸ (BRASIL, 2019c, *online*).

Como consequência, se acentua a factual transformação geopolítica observada na América do Sul a partir da crise venezuelana, bem como a diminuição da capacidade da própria região em balizar a resolução das questões que, apesar de versarem sobre um país que a compõe, afetam a dinâmica de toda uma vizinhança e aumentam sua fragilidade frente à interferência externa. Se antes as crises eram resolvidas em cúpulas do Mercosul ou da UNASUL, hoje já se pode observar que a influência de líderes regionais nessas questões vizinhas encontram espaço em reuniões bilaterais em Pequim, Moscou e Washington, o que acabam por originar ideias e iniciativas nem sempre alinhadas aos interesses da região sul-americana (STUENKEL, 2018, *online*), reforçando o intervencionismo extrarregional de poderosos mundiais.

3.2 A saída da unasul e a criação do PROSUL

Não obstante, convém expor a fragilização no âmbito da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), da qual o Brasil formalizou sua retirada junto a outros países em abril de 2019 nos seguintes termos:

Em 22 de março último, Brasil, Argentina, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai e Peru assinaram documento por meio do qual indicaram sua vontade de constituir o Foro para o Progresso da América do Sul (PROSUL), em substituição à UNASUL. (BRASIL, 2019a, *online*)

Antes de engrenar a análise sobre a criação da PROSUL, faz-se mister refletir acerca do impacto da saída do Brasil da UNASUL e a importância desta última para o a integração regional na América do Sul.

Primeiro, é preciso ter em vista que a UNASUL nasceu de objetivos amplos, com fim na promoção de integração para além do comércio, inclu-

⁸Reeleito presidente em 2018 por eleições na Venezuela. Foi vice-presidente no último mandato de Hugo Chavez e assumia a presidência desde 2013 quando da morte deste.

indo pautas como finanças, transportes, comunicação, infraestrutura, sistema educacional, matriz energética, estratégias científicas e tecnológicas e saúde. Além disso, foi constituída tendo como membros todos os países do subcontinente sul-americano, exceto a Guiana Francesa que é território da França e não possui soberania plena (VIANA; BARROS; CALIXTRE, 2011, p. 189). Por óbvio, a saída do Brasil impactou as estruturas da única organização que reunia um tratamento qualitativo e quantitativo sobre as demandas regionais, haja vista a expressividade numérica do corpo de membros e a amplitude dos objetivos que persegue.

No entanto, conforme já fora referenciado, a desvinculação da UNASUL foi substituída pela constituição da PROSUL a qual, segundo sua declaração constitutiva, “abordará de maneira flexível e com caráter prioritário temas de integração em matéria de infraestrutura, energia, saúde, defesa, segurança e combate ao crime, prevenção de e resposta a desastres naturais” (BRASIL, 2019d, *online*). Ou seja, a PROSUL se origina do enfraquecimento da UNASUL partindo de objetivos quase idênticos por apenas parcela daqueles interessados pelos assuntos comuns regionais, ficando reservado aos demais o cercado excludente agoraconstruído ao redor da União de Nações Sul-Americanas, o que aponta para uma divisão regional. Nestes termos,

é interessante observar que a União se esvaziou nos últimos anos e nasceu como um bloco de cunho político e não econômico. De tal sorte, o PROSUL parece seguir o mesmo rumo, desvinculando-se da agenda comercial e priorizando temas como energia, saúde, defesa e infraestrutura. Basicamente o que vinha sendo proposto nos Conselhos da UNASUL (JUNQUEIRA, 2019, *online*).

Em linhas gerais, a saída do Brasil da organização que buscava a integração regional para além do fator econômico e unia as onze nações sul-americanas soberanas, com posterior formação de nova cúpula em conjunto com apenas parte daqueles que compunham a anterior, simboliza um retrocesso no que concerne a história de progresso até então desenhada na América do Sul.

4. O sul é o nosso norte?

Não obstante as problemáticas que circundam o nível de ingerência direta do Executivo em assuntos atinentes à pasta das Relações Exteriores, a posição combatente frente à questão venezuelana, a saída da UNASUL e a formação da PROSUL, outro debate se mostra necessário à resposta do questionamento proposto pela pesquisa.

Já apontadas as diferenças substanciais entre a tática contemporânea e aquelas seguidas em governos anteriores, bem como os aspectos de ruptura entre estes, aqui se soma à abordagem uma discussão no que tange aos interesses que balizam o atual posicionamento brasileiro frente à integração regional sul-americana.

A partir das problemáticas que circundam o nível de ingerência do Executivo nos assuntos atinentes ao Ministério das Relações Exteriores, a posição de combate e isolamento frente à Venezuela, a saída da UNASUL e seletividade quanto aos membros da recém-criada PROSUL, na qual se inclui, revela-se que “não obstante a priorização pelo eixo estadunidense, a América do Sul tem demonstrado certo grau de desprestígio no novo governo” (SOUZA, 2019, *online*).

Isso porque, o já mencionado discurso de posse do *chanceler* Ernesto Araújo anunciava a tendência de alinhamento logo quando o mesmo proferiu a seguinte frase: “por isso admiramos os Estados Unidos da América, aqueles que hasteiam sua bandeira e cultuam seus heróis. Admiramos os países latino-americanos que se libertaram dos regimes do Foro de São Paulo” (BRASIL, 2019b, *online*).

Apesar de mera menção em discurso de posse, a mesma ganhou eloquência logo

durante os primeiros três meses, as Relações Exteriores do governo Bolsonaro foram marcadas por demonstrações de que o País seguirá buscando um alinhamento com a política externa do presidente Trump, algo que a primeira visita oficial à Casa Branca somente fez corroborar (SOUZA, 2019, *online*).

Tais aspectos podem não evidenciar de pronto as relações existentes entre o estreitamento de relações com os Estados Unidos e o enfraquecimento da integração regional, no entanto, parece fazer mais sentido quando é lembrado que

o Brasil, como quase todos os países da América Latina, esteve condicionado no século XX às relações com os Estados Unidos. [...] O desdobramento, como acreditamos ter demonstrado, foi a não urgência de um projeto de integração regional. Em alguns casos, o tema não é objeto de interesse (VIGEVANI; RAMANZINI JÚNIOR, 2010, p. 480).

Ao confrontar os experimentos anteriores e as evidências apontadas pelas últimas posições do Estado brasileiro frente ao cenário internacional, se compreende que integração regional tem por base o fortalecimento das capacidades nacionais. Ainda, conforme discussão de Darcy Ribeiro e outros nos anos de 1950 e 1960, a importância da integração também se dá para a união dos países contra o imperialismo norte-americano (VIGEVANI; RAMANZINI JÚNIOR, 2010). Afinal, os números que definem o tamanho dos Estados Unidos não justificam

[...] o comportamento de líderes políticos brasileiros, em determinados momentos, diante das demandas e das pressões americanas. [...] correntes políticas que historicamente, e até hoje, se opõem à autonomia do Brasil e defendem seu ingresso subordinado em outros blocos, de forma direta ou sob o eufemismo de abertura e de inserção, de qualquer forma, na globalização assimétrica e hegemônica, cujo ritmo se reduziu mas não desapareceu com a crise de 2008. [...] a política que nos serve e que atende aos nossos interesses é uma só: é aquela alinhada com os interesses do Brasil, com a superação da vulnerabilidade, com a redução das desigualdades, com a realização de nosso potencial econômico e político. Essa tem de ser uma política ativa, soberana, não intervencionista, não impositiva, não hegemônica, que lute pela paz e pela cooperação política, econômica e social, em especial com os países vizinhos e irmãos sul-americanos (GUIMARÃES, 2013, *online*).

Logo, partindo de tais pressupostos, se compreende que quando há alinhamento às políticas de países vindos de tradição imperialista, como

se confere aos Estados Unidos, os estímulos locais são obstruídos pela instauração de uma relação de dependência. Assim, acabam por definir relações de subordinação que configuram obstáculos à ascensão do Sul como seu próprio norte.

5. Considerações finais

Pelo exposto, é autorizada a compreensão de que a política externa brasileira em âmbito regional ganhou nuances diversas ao longo dos mandatos presidenciais assumidos no Brasil. Esse aspecto revela a incontestável impregnação da identidade de governo nas diretrizes que coordenam os caminhos seguidos pelo Itamaraty.

Em 2019 a América do Sul experimenta um panorama diferente da tendência que vinha seguindo, a ofensiva neoliberal volta a ganhar força e o Brasil compõe este plano de fundo. A política externa praticada tem se mostrado excludente e imperita para construir saídas conjuntas à crise venezuelana.

Ademais, a retirada de uma organização já consolidada pela integração regional com posterior formação da nova PROSUL sem convite extensivo a todos os onze países soberanos da sub-região somada ao estreitamento unilateral de relações com os Estados Unidos, revela uma realidade retrocedente. Portanto, diante disso, o que se vê é o delineamento de um cenário outrora já visto, de norsteamento da política externa regional não pelo Sul, mas sob a égide dos interesses externos em detrimento da integração entre vizinhos, o que remonta largos passos atrás na conquista da tão cara autonomia sul-americana.

Referências

BRASIL. **Compilação das Atas do Foro de São Paulo**. Câmara dos Deputados. E-Democracia, 2008. Disponível em: < http://arquivo.edemocracia.camara.leg.br/da/web/reforma-politica-/forum?p_auth=e2q4CTs&p_id=19&p_lifecycle=1&p_state=exclusive&p_mode=view&p_col_id=column-1&p_col_pos=1&p_col_count=2&_19_struts_action=%2Fmessage_boards%2Fget_message_attachment&_19

_mensagemId=2029622&_19_attachment=007_atas_foro_sao_paulo.pdf>. Acesso em: 1 set. 2019.

_____. **Denúncia do Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas**. Ministério das Relações Exteriores, 15 abr. 2019a. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20291-denuncia-do-tratado-constitutivo-da-uniao-de-nacoes-sul-americanas-unasul>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. **Discurso do ministro Ernesto Araújo durante cerimônia de Posse no Ministério das Relações Exteriores – Brasília, 2 de janeiro de 2019**. Ministério das Relações Exteriores, 3 jan. 2019b. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/ministro-das-relacoes-exteriores-discursos/19907-discurso-do-ministro-ernesto-araujo-durante-cerimonia-de-posse-no-ministerio-das-relacoes-exteriores-brasilia-2-de-janeiro-de-2019>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. **Declaração do Grupo de Lima**. Ministério das Relações Exteriores, 30 abr. 2019c. Disponível em <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20346-declgrupolimaabr19>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. **Declaração Presidencial sobre a Renovação e o Fortalecimento da Integração da América do Sul – Santiago 22 de março de 2019**. Ministério das Relações Exteriores, 22 mar. 2019d. Disponível em < <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/20203-declaracao-presidencial-sobre-a-renovacao-e-o-fortalecimento-da-integracao-da-america-do-sul>>. Acesso em: 19 jun. 2019.

CERVO, A. L.; BUENO, C. Adaptação à ordem global nos anos 1990. In: _____. **História da política exterior do Brasil**. 4. ed. Brasília: Unb, 2011. p. 487-524.

CERVO, A. L.; BUENO, C. Inserção global no século XXI: a estratégia do Estado logístico. In: _____. **História da política exterior do Brasil**. 4. ed. Brasília: Unb, 2011. p. 525-60.

GLOBALISMO. In: **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/globalismo/>>. Acesso em: 1 set. 2019.

GLOBALIZAÇÃO. In: **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/globaliza%C3%A7%C3%A3o/>>. Acesso em: 1 set. 2019.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Prólogo. In: BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **Brasil-Estados Unidos::** A rivalidade emergente (1950-1988). 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Disponível em: <<https://osirredentosblog.files.wordpress.com/2015/12/brasil-eua-moniz-bandeira.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. O Mundo Multipolar e a Integração Sul-Americana. **Temas & Matizes**, Cascavel, n. 14, p.58-72, jul. 2008. Semestral.

JUNQUEIRA, Cairo. **Afinal, o que é e como entender o PROSUL?**. 2019. Disponível em: <<http://observatorio.repri.org/artigos/afinal-o-que-e-e-como-entender-o-prosul/>>. Acesso em: 01 set. 2019.

MARIANO, Marcelo Passini. As posições brasileiras no Mercosul: pós-Ouro Preto. In: _____. **A política externa brasileira e a integração regional:** uma análise a partir do Mercosul. São Paulo: Unesp, 2015. Cap. 6. p. 145-212. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/2f3jk/pdf/mariano-9788568334638.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2019.

OSÓRIO, Luiz Felipe. **Imperialismo, Estado e Relações Internacionais**. São Paulo: Ideias & Letras, 2018. 288 p.

SOUZA, Lucas Eduardo Silveira de. **As relações exteriores dos 100 dias do governo Bolsonaro**. 2019. Disponível em: <http://observatorio.repri.org/artigos/as-relacoes-exteriores-dos-100-dias-do-governo-bolsonaro/#_ftn3>. Acesso em: 01 set. 2019.

STUENKEL, Oliver. **No debate sobre a crise na Venezuela, caímos na armadilha do embate ideológico:** Olhar partidário nos faz negligenciar as profundas consequências geopolíticas do colapso no país vizinho. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/10/opinion/1531248857_461493.html>. Acesso em: 01 out. 2019.

VIANA, André Rego; BARROS, Pedro Silva; CALIXTRE, André Bojikian. **Governança global e integração da América do Sul**. Brasília: Ipea, 2011. 318 p.

VIGEVANI, Tullo; RAMANZINI JÚNIOR, Haroldo. Pensamento Brasileiro e Integração Regional. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 2, p.437-487, dez. 2010. Semestral.

Política de drogas

A política de drogas brasileira e sua relação intrínseca com o mercado de armas: uma análise dos seus efeitos no âmbito social

Emerson Santos Gois
Gálatas Salomão Cardoso Oliveira

1. Introdução

Vem sendo cada vez mais comum nos depararmos com discussões que envolvam temas relacionados à atual política de drogas e ao uso de armas. Contudo, o que observamos é que grande parte dessas discussões acaba por se limitar ao que chamamos de “senso comum”. Gerando certo distanciamento daquilo que se fala entre a realidade existente.

Quando analisamos a forma como o Estado gerencia suas políticas de segurança pública, fica evidente que tanto o mercado de drogas como o de armas são indústrias que se alimentam do seu mau funcionamento. A venda de armas é diretamente proporcional aos índices de violência existente em um país. E no caso do Brasil a política de drogas é um dos grandes responsáveis por potencializar essa violência.

No que tange à Segurança Pública, deve o Estado condicionar por meio de políticas, a redução da violência e da criminalidade. No Brasil, os números correspondentes a estes dois pontos ainda são altos, mostrando que suas políticas não estão gerando os resultados desejados.

A pesquisa foi realizada a partir de informações documentais, estatísticas e bibliográficas, fornecidas em sua maioria por mídias digitais,

em que a análise direcionada as informações contidas nesses documentos se deu de forma quantitativa e qualitativa.

O estudo dos dados foi realizado de forma crítica, buscando-se apresentar os resultados que algumas políticas de segurança pública trouxeram para a sociedade. Trata-se, portanto, de uma pesquisa exploratória.

2. O tráfico de drogas e uma guerra civil subliminar

O tráfico de drogas está presente em praticamente todo território do nosso país. Mesmo sendo uma prática há anos criminalizada no Brasil, continua se fortalecendo e mostra-se mais complexa e organizada com o passar dos tempos, ocasionando a formação de todo um arcabouço que possa propiciar o desenvolvimento do comércio ilícito com uma maior efetividade, ou seja, vendendo mais produto, afim de fortalecer o comando paralelo e conseqüentemente, atingir um raio de influência cada vez mais abrangente. No entanto, apenas palavras e relações interpessoais entre os envolvidos nas facções não são suficientes para a manutenção do poder de comércio ali estabelecido. Essas instituições do tráfico precisam se estruturar de diversas formas, sendo uma das mais buscadas, a com o tráfico de material bélico, ou seja, de armamentos que viabilizam o fortalecimento dessa estrutura ilegal.

A política de drogas brasileira está voltada ao encarceramento em massa dos envolvidos. Muitos destes, nunca lucraram com a venda e distribuição de entorpecentes, contudo, a discricionariedade atribuída a autoridade policial (delegado de polícia) e ao julgador confere a alcunha de traficante a simples usuários desinformados e, na maioria das situações as pessoas que não oferecem risco iminente à sociedade, ou seja, não havendo ligação destes à facções criminosas dominantes, a priori. Maria Lúcia Karam (1996, p.60) em sua obra “A esquerda punitiva”, consegue trazer de forma clara essa ideia:

A distribuição desigual do status de criminoso determina a ideia de criminalidade como um comportamento característico de indivíduos provenientes daquelas camadas mais baixas e marginalizadas, levando à identificação das classes subalternas como classes perigosas. No caso das drogas, pense-se, por exemplo, nas favelas do Rio de Janeiro, em relação às quais se passa a ideia de uma ligação generalizada de seus moradores com o tráfico, reproduzindo-se a mesma linha que, internacionalmente, cria o já mencionado estereótipo delitivo latino-americano. Neste caso de países perigosos, basta lembrar que, quando se fala de drogas, não se pensa, por exemplo, na Suíça, lavando mais branco, mas apenas na Colômbia com seus cartéis, ou na Bolívia, com suas folhas de coca.

Não podemos deixar de citar nesse momento Luís Carlos Valóis (2016, p.96 e 97), quando em sua obra “O direito penal da guerra às drogas”, elucida a mesma ideia a partir do seguinte trecho:

As drogas que hoje são arbitrariamente consideradas substâncias proibidas ganharam esse status paulatinamente. Para a venda de um simples cigarro de maconha se transformar em uma relação comercial com uma carga punitiva maior do que a relativa à venda de um copo de nitroglicerina foram necessários muitos distúrbios, mentiras científicas, interesses políticos e, principalmente, a cegueira oriunda do interesse pessoal de alguns indivíduos.

A ineficiência do judiciário é no que tange ao cumprimento de prazos processuais e aplicação das leis, como ocorre na Lei de Execução Penal, presos provisórios que não oferecem riscos a investigação ficam custodiados junto a criminosos experientes, nos quais acabam que influenciando estes presos novatos e sem sentença penal de trânsito em julgado a adentrarem nas organizações do comando paralelo, fornecendo relações de compadrio e protecionismo a estes dentro do estabelecimento prisional e, por consequência, acabam aliciando pessoas que antes não mostravam ameaça direta a sociedade e que, a posteriori, tornam-se gangsteres, “soldados do crime” ou até mesmo, verdadeiros chefes de facções.

Feitos político-territoriais de iniciativas como a “Guerra às Drogas” e sua dissolução na “guerra ao terror”, tiveram no Brasil efeitos particu-

larmente notáveis na interpenetração entre segurança interna e segurança internacional e suas consequências para o papel das Forças Armadas. Estas estão sendo pressionadas a modificar suas políticas territoriais de vigilância e a exercer o papel de polícia em lugar de se limitar à função constitucional de defesa do território.

O controle penal dado às drogas, principalmente na pós-modernidade, teve um papel significativo no aumento da violência urbana, pois a partir do ponto em que o Estado começou a utilizar mecanismos ostensivos na tentativa de resolução do comércio ilícito de entorpecentes, este focou apenas na punição e não na segurança em sentido amplo, e a partir daí o poder paralelo buscou reforço e incrementou suas estruturas das mais diversas formas, investindo em armas, equipamentos de transporte e até mesmo, em bons advogados. É claro que não podemos nos esquecer da corrupção estatal, principalmente no judiciário e nas forças policiais, que criam fendas no sistema de repressão e combate às drogas, onde a corrupção funciona como um “bumerangue”, pois os esforços atribuídos ao controle penal das drogas, ao perpassar pela mancha corrupta, volta em forma de violência e opressão à sociedade de forma bastante acelerada e brutal. Só pra se ter uma ideia, no Brasil, apesar de não viver uma guerra civil oficial, segundo o Mapa da Violência disponibilizado pelo G1, o número de homicídios passou de 57 mil em 2018 e boa parte desse número, advém da guerra às drogas. A pergunta que fica é: De onde vem as armas que matam tanto no Estado brasileiro? Quais relações elas guardam com o tráfico e a repressão do Estado?

A ineficiência do combate repressivo das drogas ditas ilícitas pelo aparato estatal sempre foi algo notório, até porque, com o passar dos anos, a violência urbana gerada por essa opressão e o número de usuários e dependentes só crescem. Essa tendência que ganhou força no governo dos presidentes Nixon e Reagan nos EUA, e foi importada por diversos países nunca obteve o fim desejado. Todos os anos, enormes recursos são “empregados” nas forças policiais que reprimem o comer-

cio de entorpecentes, encorpendo com armas de fogo, munições, equipamentos de segurança e um contingente cada vez maior de operadores da segurança pública, e atualmente, o tráfico de drogas apresenta-se como inimigo número um da sociedade, segundo os mais diversos governantes estatais.

Destaca-se aqui, que os questionamentos sobre a existência de corrupção no âmbito policial já não são mais passíveis de dúvidas. Observando isto, resta-nos analisar o fato de que sabendo a sociedade que a polícia é corrupta, o que a leva a ter uma postura de concordância em relação ao modelo de atuação desse órgão. Observa-se, que quando citamos o termo "sociedade", o mesmo não alcança todas as camadas sociais, pois, no que tange a proteção de pessoas portadoras de um nível econômico maior, ou como é posto popularmente de classes sociais mais altas, a polícia desempenha sua função protetiva de forma eficaz. Basta observarmos os índices de violências pertencentes aos bairros mais ricos e as periferias, ou até mesmo o tratamento policial direcionado as pessoas de acordo com o seu lugar de origem. Não teria o pensamento que condiciona o comportamento delitivo ao nível socioeconômico das pessoas, embasamento suficiente para justificar os resultados, pois, o uso e venda de drogas se dá em todas as camadas da sociedade. E quando falamos de drogas com elevado potencial químico, essa venda se concentra entre as pessoas mais abastadas, visto que, são substâncias vendidas por preços que impossibilita a sua aquisição pelo povo da periferia. Esses fatores por si só já nos seriam suficientes para concluir que a polícia age em detrimento da proteção de uma classe e repressão de outras. Contudo, não é o nosso intuito direcionar apenas as instituições policiais a responsabilidade de um acontecimento que é resultado da atuação de todo um sistema.

Locais onde dependentes ficam para o uso coletivo e individual da substância desejada, que popularmente conhecemos como "cracolândias", são utilizados pelas autoridades como modelo, que afirmam que as nossas cidades seriam semelhantes àqueles espaços, caso haja uma descriminalização das drogas. Segundo os afirmantes acima, a liberação

influenciaria um caos social, em que pessoas deixariam suas casas e família para viverem em um ambiente insalubre, conseqüentemente, a disseminação de doenças e pragas era uma realidade, desequilibrando a nossa saúde pública, assistência e previdência social, afetando a economia, sendo assim, violência pública chegaria ao ápice.

Mas, ao observarmos com mais critério esses discursos sensacionalistas, veremos que o caos social já existe, e as pessoas não reconhecem direitos de terceiros e nem cumprem com suas devidas obrigações como cidadãos, pessoas já abandonam seus lares e se marginalizam como humanos, mesmo que a severa lei proibicionista 11343/2006, e basicamente, a saúde e a assistência social estão à beira da falência institucional. No caso da violência pública, no decorrer do trabalho apresentado, enxergaremos uma realidade cada vez mais inaceitável.

Ao contrário do que imagina a maioria das pessoas, a droga ultrapassa o aspecto meramente criminoso, até porque o consumo de entorpecente é uma prática milenar e utilizado com diversas finalidades, desde uma forma de alívio de dores até como alucinógenos que viabilizam a prática de cultos religiosos. E como aspecto de saúde pública, por mais que a Lei de Drogas atual despenaliza o uso, nosso Estado negligência seu poder-dever de aplicar medidas que prezam pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ou seja, ele deixa de tratar corretamente de um componente social gera conseqüências altamente prejudiciais a sociedade, sendo justamente o (Estado) o grande causador do imbróglio que perpassa por décadas e décadas e nada de bom se concretiza, enquanto isso, a fatia social mais hipossuficiente economicamente sofre, parece através dos tiros vindos de diversas direções.

Para se ter uma ideia, segundo a ex-secretária de segurança do Rio Grande do Norte, em 2017, 78 % dos mais de dois mil homicídios no Estado naquele ano, guardam relação direta com o tráfico de entorpecentes. De acordo com a Secretaria de Segurança do RN, o perfil da vítima de homicídio no RN é homem jovem, com idade entre 19 e 24 anos, solteiro, pobre, vítima de arma de fogo em 90% dos casos. Por mais que saiba-

mos que o Rio Grande do Norte é um dos estados mais pobres do Brasil e que o fator de desenvolvimento humano contribua diretamente com o proporcional de violência de determinada localidade, já virou regra no país, que a maior parte das execuções praticadas tem conexão direta com a guerra às drogas e com o tráfico dos entorpecentes.

2.1 As legislações brasileiras e seus respectivos desdobramentos

O primeiro marco legal já fase democrática brasileira foi a Lei 9.437/1997. Foi neste momento que foi criado o Sistema Nacional de Armas (órgão da Polícia Federal, no âmbito do Ministério da Justiça). Como grande avanço deste momento, podemos chamar a atenção para os critérios nacionais para registro de armas e a criação de um cadastro único federal para consolidação das armas dos cidadãos. O porte de arma para civis passou a ser mais controlado, emitido pela Polícia Federal, com validade determinada, somente para solicitantes que atendessem aos requisitos, incluindo a comprovação de necessidade, capacidade técnica de manuseio e atestado psicológico (requisitos que foram posteriormente incorporados na legislação atual).

Instituída no ano 2006, a Lei 11.343 (Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas - Sisnad) estabeleceu um novo modelo de tratamento para política de drogas, abolindo a pena privativa de liberdade para o usuário que vinha tipificado pela Lei anterior (6.368/73). Porém, não houve grandes mudanças relacionadas ao seu caráter político-criminal proibicionista, mantendo-se esse aspecto na nova legislação. O Estado, por sua vez, busca por meio das instituições policiais, combater o tráfico de forma repressiva, em que a violência pelo uso de armas acaba sendo o principal instrumento. De acordo o Monitor de Violência (2018) o Brasil teve 6.160 pessoas mortas por policiais no ano de 2018, onde observa-se que na prática a grande parte dessas mortes são geradas em situações de combate ao tráfico.

Destituído de qualquer preocupação com os resultados já apresentados por algumas políticas públicas existentes no País, tornou-se quase comum para o governo do atual presidente Jair Bolsonaro a implantação de projetos que se pautam única e exclusivamente em promessas eleitorais, sem o cuidado de realizar uma análise concreta de seus impactos no âmbito social. Ao flexibilizar a posse de armas por meio do Decreto 9.785, fica evidente que não houve preocupação alguma com os resultados obtidos pelo Estatuto do Desarmamento e muito menos foram analisados os impactos que essas alterações podem trazer para o plano da segurança pública. De acordo com os últimos dados fornecidos pelo Mapa da Violência (2016), entre os anos de 1980 a 2003, os homicídios provocados por arma de fogo cresceram em uma taxa média de 8,1% ao ano. Após o ano de 2003, em que foi instaurado o Estatuto do Desarmamento (Lei 10826/03), esses números foram reduzidos para a média de 2,2%. No entanto, a análise desse percentual não considera o aumento populacional que houve no País. Quando este fator é levado em conta a taxa de crescimento de 1980 a 2003 passou a ser de 6,2% e a partir de 2003, passou a crescer a uma taxa menor que 1%, ou seja, apesar de o Estatuto do Desarmamento não ter ocasionado uma redução no número de homicídios que vinham ocorrendo no País, se observa, que houve uma diminuição em sua taxa de crescimento.



Fonte: Processamento Mapa da Violência 2016.
*2014: dados preliminares.



Fonte: Processamento Mapa da Violência 2016.
*2014: dados preliminares.

A adoção de políticas repressivas por parte do governo tem se mostrado ineficiente no controle do uso e distribuição de drogas. Essa situação pode se agravar ainda mais quando o estado terceiriza o seu papel para o cidadão, flexibilizando o uso armas a partir do discurso que estas trarão mais segurança. Como define Luciana Rodrigues (2006, p.198) em sua tese:

Os resultados da repressão penal e da estratégia de combate militar às drogas não alcançaram a redução da produção ou do consumo de estupefacientes. O negócio se desenvolveu, o mercado ilícito incrementou as vendas e os preços baixaram, junto com o aumento do consumo. Além disso, os traficantes internacionais se organizaram, tendo se especializado e aproveitado da globalização, enquanto que no mercado do varejo a violência aumentou, assim como a qualidade e a pureza dos produtos consumidos pelos usuários decaiu.

Discutir política é um fenômeno complexo, pois, deve-se levar em conta todo um sistema de variáveis que impactam em seu funcionamento, a exemplo da cultura, educação, economia, geopolítica, dentre outros. No caso específico do Brasil essa atividade acaba sendo ainda mais sensível, pois, além de contar com toda essa gama de variáveis, é preciso observar que o país atualmente conta com uma população de mais de duzentos milhões de habitantes. Nesse sentido, qualquer posposta política deve vir acompanhado de um projeto que permita obter a projeção dos seus resultados no âmbito social de forma precisa.

O então presidente Jair Bolsonaro, apresentou como bandeira eleitoral e agora como objetivo governamental a proposta de flexibilização do porte e da posse de armas, justificando essa ação como forma de diminuir os índices de violência do País. De acordo com o mesmo, o grande problema é o fato do “bandido” poder andar armado e o “cidadão de bem” não ter esse direito. Nesse sentido, analisaremos se realmente é atribuído ao indivíduo delitivo o direito de portar uma arma de fogo.

‘No plano legislativo a Constituição Federal Brasileira em seu Art. 5º, XVI e XLIV, diz que:

“XVI- todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

(...)

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;”

Quando a Constituição Federal em seu inciso XVI, utiliza o termo “todos”, busca-se definir de forma clara que é proibido a qualquer indivíduo a utilização de armas. Já o inciso XLIX determina como crime a ação de grupos armados. Observamos então, que a Constituição ao tratar do uso de armas, não só veda a sua utilização no contexto em que aborda o tema, como também criminaliza os grupos que se utilizam desse instrumento contra a ordem constitucional e o estado.

Buscando tratar de forma mais específica o tema, criou-se em 2003 a Lei 10.826, intitulada de o “Estatuto do Desarmamento”. Sua criação se deu com o objetivo de reduzir o quantitativo de armas existentes no país, juntamente a proposta de reduzir os índices de homicídios que vinham crescendo em taxas alarmantes. Para isto, a lei criou critérios mais rígidos no processo de aquisição a armas, definindo a partir de um sistema técnico-científico fatores que justificassem a necessidade de utilização desse instrumento, para a sua aquisição de forma legal.

Destarte, não existe em nenhuma legislação brasileira norma ou regra, que esteja em consonância com o discurso de Jair Bolsonaro, ao considerar que ao “bandido” é atribuído o direito de andar armado. Não afirmamos aqui que a existência de um direito deve passar obrigatoriamente pelo crivo legislativo, e sim, demonstrar que a utilização de armas por indivíduos delitivos é um comportamento que além de não se sustentar na norma, é claramente posto como violador da mesma.

Outro tema a ser analisado, consiste no direito à autodefesa, já que é um dos pontos sustentados no discurso do então presidente para justificar a flexibilização do porte e posse do uso de armas. O direito à autodefesa já vem consolidado na literatura técnica especializada. O Código Penal Brasileiro em seu art. 25, informa que:

"Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem."

Não restam dúvidas, portanto de que o direito de se defender é positivado e defendido pelo próprio sistema jurídico e legislativo do País. Contudo, quando se coloca a arma de fogo como instrumento capaz de resistir a essa agressão as discussões devem ser realizadas de forma mais aprofundada, considerando que esta é um instrumento dotado de alto potencial lesivo.

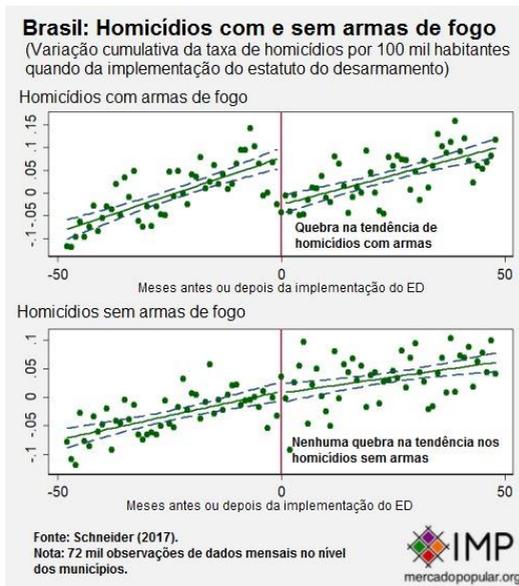
A violência é um problema estatal, e deve este por meio de suas instituições buscar combatê-la, em que seja levando em conta os seus efeitos dentro do campo prático e não a visão moralista decorrente do senso comum.

Considerar que apenas o estatuto do desarmamento foi responsável pela redução na taxa de crescimento dos índices de homicídios no Brasil é uma postura que deve ser cuidadosamente fundamentada e analisada, já que outros fatores além deste também podem ter influenciado no resultado. Nesse sentido, buscaremos a partir dos estudos mais recentes

sobre o tema estruturar o posicionamento que condiciona a redução da taxa de crescimento como resultado da implantação do estatuto.

Carlos Goés(2018), em reportagem publicada na página do Mercado Popular realiza uma análise dos efeitos produzidos pelo estatuto do desarmamento a partir de diversos estudos, traçando uma relação direta entre a aumento do quantitativo de armas e por consequência de crimes. Traremos aqui dois desses estudos, o primeiro realizado pelo economista Rodrigo Schneider e o segundo pelos economistas Daniel Cerqueira (IPEA) e João Manoel Pinho de Mello (Insper).

O estudo realizado pelo economista Rodrigo Schneider (Universidade de Illinois em Urbana-Champaign) apresenta de forma bem elucidada uma análise a respeito dos resultados obtidos pelo Estatuto do Desarmamento no que tange a redução da taxa de homicídios. A partir da análise de 72 mil observações mês a mês no nível dos municípios, Schneider conclui que após o momento em que se implantou o Estatuto do desarmamento houve uma redução na taxa de crescimentos dos crimes de homicídios praticados por arma de fogo. Já com relação ao mesmo tipo penal praticado sem a presença de armas não houve impacto algum.



Já os economistas Daniel Cerqueira e João Manoel Pinho de Mello chegaram a mesma conclusão a partir da análise de dados do Estado de São Paulo, onde foi constatado que nos municípios em que houve uma maior apreensão de armas após a vigência do estatuto, também ocorreu uma queda maior no número de homicídios. O Atlas da Violência (2018, p. 4 e 5) traz uma reflexão importante em sua introdução:

(...) voltamos a enfatizar o papel central que uma política de controle responsável de armas de fogo exerce para a segurança de todos. Entre 1980 e 2016 cerca de 910 mil pessoas foram mortas por perfuração de armas de fogo no país. Uma verdadeira corrida armamentista que vinha acontecendo desde meados dos anos 1980 só foi interrompida em 2003, quando foi sancionado o Estatuto do 5 Desarmamento. O fato é que, enquanto no começo da década de 1980 a proporção de homicídios com o uso da arma de fogo girava em torno de 40%, esse índice cresceu ininterruptamente até 2003, quando atingiu o patamar de 71,1%, ficando estável até 2016. Naturalmente, outros fatores têm que ser atacados para garantir um país com menos violência, porém, o controle da arma de fogo é central. Não é coincidência que os estados onde se observou maior crescimento da violência letal na última década são aqueles em que houve, concomitantemente, maior crescimento da vitimização por arma de fogo.

3. Armas como instrumento de segurança

Existe uma ideia dentro do imaginário da população que as armas são instrumento planejados com o intuito de proporcionar segurança. Essa ideia, como diversas outras que se pautam unicamente no senso comum, não se sustenta por muito tempo. No contexto brasileiro, ao avaliarmos os crimes em que a vítima está portando algum tipo de armamento, percebe-se que os riscos de uma possível reação do criminoso ao perceber que a vítima está armada aumentam, uma vez que, o criminoso tende a ser avesso aos riscos, e qualquer situação que lhe proporcione insegurança deve ser eliminada.

Em um estudo realizado pelo Ministério Público no estado do Rio de Janeiro (2017), foi concluído que a principal causa das mortes dos polici-

ais do Rio é o latrocínio ou provável latrocínio. Como retratado em fala do próprio coronel Ubiratan Ângelo, ex-comandante da PM, em reportagem publicada no G1:

"Esse policial já entra com o ethos de quem vai reagir a toda e qualquer ação agressiva, e o policial dá mais atenção aos equipamentos de ataque que aos de defesa. Ele acaba por ter sido pego de surpresa, sem tempo de reação, ele pode reagir e morrer ou também acabar em uma troca de tiros e gerar balas perdidas"

Esse estudo não só demonstra informações que devem ser observados dentro de um viés numérico. Mais do que estatísticas, o estudo evidencia que a presença de arma durante o contexto de um determinado crime aumenta a probabilidade de ocorrer um evento inesperado e, por consequência, aumenta o risco de morte para todos os envolvidos.

3.1 Armas que matam

O Brasil possui uma política bastante restritiva em relação à posse e porte de armas de fogo pela população civil, desde a efetivação da lei 10826/2003, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento. O atual Presidente da República, Jair Bolsonaro, no dia 15 de janeiro de 2019, assinou um Decreto-lei disponibilizando uma facilidade no acesso à posse de arma de fogo pelos civis, alterando o texto do Estatuto do Desarmamento em relação à necessidade de declaração da efetiva necessidade do artefato. No entanto, esse dispositivo foi barrado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Congresso Nacional, justificando que o Presidente Bolsonaro estava alterando substancialmente uma lei federal por meio de decreto, violando a hierarquia das leis. O Estatuto do Desarmamento estabelece que no Brasil é proibido o porte de arma de fogo. Essa é a regra. Jamais um decreto presidencial pode violar uma lei federal. O presidente está rasgando a Constituição e tendo um comportamento populista e imediatista.

Até 1980, com a publicação da portaria ministerial 1.261, não havia nenhuma norma no Brasil para regular a aquisição de armas por civis. A portaria, apesar de simples, constituiu um grande avanço no sentido de estabelecer algum requisito para a compra de armas por cidadãos, cuja idade mínima estava limitada a 21 anos. Esta portaria tinha a desvantagem de deixar o registro a cargo dos Estados sem que houvesse com isto um cadastro de armas unificado para consulta dos órgãos de segurança. Os cidadãos podiam ter até 6 armas e adquirir 50 munições por arma/mês.

O resultado prático do Estatuto do Desarmamento foi comprovado em diversos estudos relacionados acerca da matéria. Desde que o Estatuto de Desarmamento entrou em vigor 2003, alguns estudos foram realizados, afim de medir o impacto do processo de desarmamento. Encontramos dois desses estudos realizados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), dos quais vamos apresentar alguns resultados que mais chamou atenção. Um dos resultados é a comprovação da diminuição do número de homicídios; com a diminuição na circulação do número de armas, o Estatuto pode ter poupado 121 mil vidas entre 2004 e 2012; e a escala no número de homicídios que desde década de 1980 não caía, entre 1995 e 2003 a taxa de homicídio cresceu 21,4%, e entre 2003 a 2012 a mesma taxa cresceu 0,3%.

O Estatuto foi promulgado com o objetivo de minimizar as mortes por armas a partir das restrições de compra, venda e transferência de propriedade de armas de fogo. Prando (2007, p. 139) explica que o Estatuto tinha como objetivo:

A diminuição da violência através da redução de utilização de armas de fogo no País.

A autora argumenta que a elaboração do Estatuto tinha como premissa o controle da circulação de armas no território nacional, além de trazer mais rigor nas punições para os infratores. Desta maneira, a lei estaria contribuindo para promover a paz na sociedade e reduzir as mor-

tes. Neste sentido, buscou-se criar um rigoroso processo na concessão do direito na compra e venda da arma de fogo no País.

Já que não há possibilidade de fortalecerem suas bases esquemáticas de comércio de entorpecentes com bélicos legalizados, as facções recorrem as maneiras alternativas de compras. Utilizam de outra forma criminosa para não desguarnecerem em poder de fogo sua estrutura, sendo assim, adquirindo armas infra legais. Com as práticas de venda, revenda e transferências ilegais; roubos, extravios, de armas de particulares; desvio de estoques das forças policiais e militares principalmente pelo instituto da corrupção e até mesmo pela fabricação ilegal das ferramentas belicosas.

Com base nessa premissa, observaremos que algumas localidades específicas do País, possuem uma situação estratégica na entrada de armamentos no território brasileiro, e guardam semelhança com as rotas do tráfico de drogas. Essa passagem de material bélico pelas fronteiras nacionais origina o famigerado tráfico ilícito internacional de armas, ou simplesmente contrabando armamentista. Sejam por aeronaves, caminhões, barcos, contêineres, seja pelo chamado tráfico “formiga” de armas vendidas, roubadas ou extraviadas em outros países; violações de embargos e desvio de armas que antes eram legalizadas e aqui entram à margem da lei.

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil possui 16.886 quilômetros de fronteiras transnacionais secas, a maior parte dessas em localidades de difícil acesso, principalmente na selva amazônica e região pantaneira. Conseqüentemente, essas dificuldades naturais acabam que afastando toda forma eficiente de combate ao tráfico e contrabando de produtos por entre as linhas divisórias dos países. As principais rotas utilizadas pelos criminosos para entrada de armamentos no Brasil, são as da tríplice fronteira (Foz do Iguaçu, Ciudad del Leste, Puerto Iguazu); Letícia (Colômbia) e Tabatinga (Amazonas); Puerto Suarez (Bolívia) e Corumbá (Mato Grosso do Sul); Capitán Bado e Pedro Juan Caballero (Paraguai) e Mato Grosso do Sul. A corrupção das

polícias e forças armadas também possui papel de relevante influência nas transações armamentistas que perpassam pelas fronteiras, muitas vezes pela baixa remuneração salarial e vulnerabilidade em relação a represálias do crime organizado.

Essas armas chegam aos grandes centros urbanos por meio das “mulas” - pessoas que se encarregam de levar os artefatos até o seu destino final por uma quantia previamente estabelecida em dinheiro. As rotas citadas são as utilizadas pelas maiores organizações criminosas do Brasil, pois essas possuem influência em toda América Latina. A violência decorrente das armas de fogo, pontuando dados empíricos sobre os homicídios, demonstrando que a violência é a principal externalidade gerada por esse ilícito e que, aliado às drogas, é ainda mais nefasto à conformação de um ambiente regional estável, ou à soberania estatal constantemente violada pelos grupos criminosos, caindo no paradoxo que “a guerra às drogas também geram uma guerra pelas drogas” seja pela insegurança humana que gera um custo social elevado. E é nesse sentido que se inicia a relativização da soberania, a importância das fronteiras e a cooperação regional como forma de coibição ao tráfico de armas.

3.2 As facções criminosas como resultado da repressão estatal

A repressão às drogas no Brasil vem de longa data. As Ordenações Filipinas de 1603 já previam penas de confisco de bens e degredo para a África aos que portassem, usassem ou vendessem substâncias tóxicas. O país continuou nessa linha com a adesão à Conferência Internacional do Ópio, de 1912. A visão de que as drogas seriam tanto um problema de saúde quanto de segurança pública, desenvolvida pelos tratados internacionais da primeira metade do século passado, foi paulatinamente traduzida para a legislação nacional, tanto que em 1940, o Código Penal nacional confirmou a opção do Brasil de não criminalizar o consumo.

A belicosidade atribuída à guerra as drogas começaram com força intensa a partir dos anos 1960, com o golpe militar e a instauração da ditadura no país. A Lei de Segurança Nacional deslocou o foco do modelo sanitário para o modelo bélico de política criminal, que equiparava os traficantes aos inimigos internos do regime. Consequentemente, uma série de posturas governistas foram tomadas acerca da problemática sem levar em conta estudos e opinião de cientistas qualificados, eliminando a visão sanitarista do consumo de drogas e excomungando socialmente o usuário de substâncias entorpecentes ilegais, gerando uma legislação que incriminava o utilizador de drogas no polêmico art. 16, da lei 6368/76, com pena de seis meses a dois anos de detenção.

Na época, os líderes ditatoriais equipararam os traficantes aos subversivos que iam de encontro aos ideais militares, intensificando a luta contra a prática da venda de entorpecentes, criando a figura do traficante “sujeito mau” que destruía todas as instituições importantes ao ser humano, introduzindo suas práticas comerciais aos jovens principalmente. Esses ideais foram transmitidos a todo ordenamento jurídico brasileiro e as forças policiais, que recebeu investimentos pesados, ano após ano, para efetuar um duro combate ao poder paralelo responsável pela distribuição dos psicoativos. Diferentemente do que esperava, os índices de violência relacionados à política de drogas no Brasil dispararam, crescendo o número de usuários, traficantes e mortes ligadas ao tráfico. Maria Lucia Karam, magistrada brasileira, considera que o índice brasileiro de 30 homicídios por 100 mil habitantes é um índice extremamente alto, sendo que grande parte dessas mortes ocorre dentro das disputas ocorridas no mercado ilegal e na política de guerra as drogas que acabam matando muito mais do que as próprias drogas.

Já o surgimento do crime organizado no Brasil ocorreu ao longo da década de 1970 e vários fatores concorreram para que as quadrilhas se transformassem em verdadeiras corporações empresariais. Na década de 1960, começou acentuar-se significativamente a urbanização do país, devido ao êxodo rural. No ano de 1970, 56% da população brasileira vivia

em cidades. Dez anos depois, já eram 68%. Atualmente, passam dos 80% (IBGE, 2019). A população do campo migrou para as grandes cidades - Rio e São Paulo num primeiro momento-, em busca de melhores condições de vida. Tratava-se de gente pobre, com pouco estudo e sem especialização profissional. Parte desse imenso contingente humano, ao longo dos anos 1970, não conseguiu oportunidade de situação no mercado de trabalho. A crise do petróleo no final da década e a estagnação econômica dos anos 1980, considerada como a “década perdida”, impediram que outra parte também se desse bem na vida, excluindo-os dos pequenos e flutuantes avanços da economia brasileira desde então. Resultado: com a continuidade do êxodo rural somado à diminuição da renda, ao desemprego e às poucas oportunidades de trabalho, favelas e as regiões periféricas não só cresceram como também se tornaram um território propício ao desenvolvimento do crime.

No entendimento de Ivan Luiz da Silva (1998, p. 52), a origem do crime organizado no Brasil encontra-se em duas fontes. A primeira delas consiste na natural evolução e crescimento da atividade criminoso individual para a prática de crimes através de quadrilhas especializadas em determinados tipos de crimes. A segunda fonte seria a ajuda, por meio de conhecimentos e táticas de guerrilhas e organização, transmitida pelos presos políticos aos presos comuns. Isto ocorreu durante o regime militar quando estes dois tipos de presos (políticos e comuns) foram encarcerados conjuntamente.

Muitos presos se organizaram a partir da explosão populacional nas cadeias e das condições de vida precária que nelas vigorava. Organizar-se era uma forma de se proteger, evitando assassinatos e estupros por outros presos. Era também uma maneira de tentar dialogar com as autoridades e reivindicar melhores condições de vida na prisão. Mas o elemento que parece ter sido decisivo para a organização do crime no Brasil foi o tipo de negócio com que ele se envolveu, um tipo de negócio altamente lucrativo: o tráfico de drogas. Maconha e cocaína alavancaram

o crime organizado por aqui, assim como ocorreu com o álcool clandestino em Chicago, durante a lei seca (1920).

Como o negócio não é regulamentado por leis, a garantia de segurança para todas as etapas do processo são as armas. Assim, a violência se torna parte integrante do negócio. Dessa forma, o tráfico de armas passou a se desenvolver paralelamente ao de drogas, num círculo vicioso em que uma forma de tráfico alimenta a outra e a violência se multiplica e potencializa. Além disso, gera ainda a necessidade de as atividades criminais se diversificarem, entrando pelo campo do roubo de veículos e de cargas, por exemplo. Sem falar que os chefões dos negócios se veem forçados a lavar o dinheiro que ganham, isto é, dar um jeito para justificar legalmente a sua origem.

Dessas práticas organizadas, surgiram facções das mais diversas, a fim de fortalecer suas bases e expandir seus negócios, influenciando localidades pelo país a fora. As mais conhecidas são o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV). O PCC surgiu no ano de 1993 no Centro de Reabilitação Penitenciária de Taubaté, interior de São Paulo. Eram 8 presos, transferidos da capital por problemas disciplinares, para ficar em Taubaté – até então, temido pela classe carcerária. Os detentos permaneciam 23 horas ininterruptas dentro da cela. Os oito estavam sendo punidos pela má conduta no antigo presídio e pelo fato de ter vindo de São Paulo o time foi chamado de Comando da Capital. Com o passar dos anos e com um número crescente de presos filiados à facção, pertencer ao PCC deu um novo ‘patamar’ ao mundo do crime e aos que o compunham. Nos primeiros anos, o PCC contava com oito mil integrantes. Em 2006, contabilizando apenas nos presídios, o grupo registrava 120 mil integrantes. Hoje, comandada por presos e foragidos, em especial no estado de São Paulo, estima-se que a facção conte com 130 mil membros, de acordo com Beatriz Bergamin, em texto publicado no site Politize (2019).

O resultado prático desse embate entre poder estatal e poder paralelo gera consequências sangrentas para a parcela mais vulnerável no

conflito social estabelecido. Jovens, negros e pobres aparecem diariamente nos noticiários de TV, rádio, mídias digitais; são perfurados por tiros que só atingem aquele grupo específico, onde o poder estatal o alcançou apenas para reprimir e segregar. De acordo com o Atlas da Violência (2017), 33.772 jovens de 15 a 29 anos foram assassinados no Brasil, apenas em 2017. A maior parte dessas execuções possui ligação direta com o conflito gerando pelo imbróglio do tráfico e sua repressão.

Ao passo que as forças policiais e de segurança se aprimoram com armas mais novas, com especificações técnicas mais complexas, o crime organizado busca se equipar com mecanismos semelhantes. Nesse ponto, entra a questão do contrabando de armas de fogo e munições e seu papel tóxico perante nossa sociedade. São equipamentos que adentram o país e são distribuídas as facções como forma de auxiliar a manutenção do poder e de conflito. Capacidade de fogo é uma das maiores ambições das facções criminosas. Fuzis russos AK-47 são comuns nas comunidades onde o crime organizado ostenta outras, que tem função antiaérea, ou seja, no seu ponto máximo pode derrubar uma aeronave em pleno voo.

A cada incursão nas comunidades da polícia, sangue é derramado. Pois tanto as forças estatais como as do poder paralelo estão com armamento pesado e os tiros percorrem todas as direções. Um problema gerado pelo Estado garantido, negligenciando uma problemática nos seus primórdios e que hoje é a principal amostra da falência da segurança pública no Brasil, o tráfico de drogas.

4. Conclusões

Sabendo, então, o Estado que sua atual política de combate ao tráfico de drogas não está gerando os resultados desejados, consumindo um enorme volume de recursos públicos ao tempo em que também gera outros problemas paralelos, é necessário verificar quais as razões que conduzem a uma continuidade e até mesmo em uma intensificação do atual modelo. Considerando a discussão realizada aqui e os dados estatís-

ticos apresentados, concluímos que existe interesse em beneficiar tanto a indústria armamentista quanto a de entorpecentes, uma vez que, o seu crescimento está relacionado ao mau funcionamento das políticas públicas de segurança.

Diversos governantes que se posicionam defensores da famigerada “Guerra às Drogas” defendem a ideia de combate ao crime organizado com “pulso firme”, financiando suas polícias e forças militares para supostamente deter o mal social que aflige as instituições fundamentais ao ser humano. Contudo, essa guerra acaba criando efeitos colaterais aos desejados, que muitas vezes geram consequências mais reprováveis do que o embate “poder estatal x poder paralelo”. No Brasil, predomina ainda a lógica de “guerra” e proibição. Há uma série de políticas e legislações hoje em vigor, como a criminalização do usuário, o enfoque na dimensão da repressão ao tráfico (a despeito da reduzida atenção à prevenção e tratamento), o recrudescimento das penas aos crimes envolvendo drogas, o direcionamento das ações policiais para operações antidrogas, a militarização das polícias, além do encarceramento em massa, dentre outras, que expressam tal abordagem. Diante da necessidade de apresentar uma resposta para esse “problema das drogas”, o governo e agentes de segurança optam ainda por um conjunto de ações midiáticas, a fim de aumentar os números finais de apreensão e encarceramento. Com isso, o uso da força, muitas vezes desproporcional, passa a ser justificado e inclusive demandado por parte da população aterrorizada com a “epidemia de drogas” vivida no país.

O atual modelo político de combate às drogas está estreitamente ligado ao mercado de armas, no qual o tratamento direcionado pelo Estado a qualquer um dos temas, necessariamente deve considerar o impacto do outro, uma vez que, desvincularmos é um ato quase utópico, pois ambos coexistem e complementam-se. O direito torna-se diagrama jurídico-social para enfrentarmos esta problemática do comércio ilícito de entorpecentes, maior fomentador do contrabando de material bélico, no entanto, no nosso cotidiano, a legislação vigente contribui para o cres-

cimento do imbróglgio causado nestes dois assuntos tão complexo e carregados de enorme tensão. Pensar em um novo modelo de política pública de drogas no Brasil obrigatoriamente deve levar em conta a relação com que este desenvolve com mercado de armas e suas terríveis consequências perante a sociedade.

Referências

ANTUNES, Mércio Mota. **Direitos do usuário**: Consumo pessoal de drogas no Brasil. 1º Edição. São Paulo. Editora Catrumano, 2016.

BERGAMIN, Beatriz. *O PCC e as facções criminosas*. Politize. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/pcc-e-faccoes-criminosas/>>. Acesso em 30 de ago. de 2019.

BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. *Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências*. Brasília, DF, ago. de 2006.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.785, de 07 de maio de 2019. *Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, para dispor sobre a aquisição, o cadastro, o registro, a posse, o porte e a comercialização de armas de fogo e de munição e sobre o Sistema Nacional de Armas e o Sistema de Gerenciamento Militar de Armas*. Brasília, DF, mai. de 2019. (REVOGADO)

CERQUEIRA, Daniel. *Atlas da violência 2018*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=4321>. Acesso em: 23 de ago. de 2019.

COSSUL, Maria Inez. *Tráfico internacional de armas na fronteira Brasil/Bolívia: Dinâmicas de insegurança regional e o posicionamento Brasileiro*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015.

GOÉS, Carlos. *Mais armas, mais crimes: por que mudamos de ideia. Veja os dados*. Mercado Popular, 2018. Disponível em: <<http://mercadopopular.org/direito/mais-armas-mais-crimes/>>. Acesso em 01 de ago. de 2019

HARI, Johann. *A guerra as drogas não funcionam. O que podemos aprender com seu fracasso?*. The Intercept, 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/01/17/guerra-as-drogas-fracasso/>>. Acesso em: 25 de ago. de 2019.

KARAM, Maria Lúcia. “A esquerda punitiva”. In: *Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade*, nº 1. Rio de Janeiro: Relume -Dumará, 1996

Mortos por Policiais no Brasil. **G1**, 2018. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/mortos-por-policiais-no-brasil/>>. Acesso em: 05 de jun. de 2019.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. *Controle penal sobre as drogas Ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Tese (Tese de Doutorado em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia)- USP. São Paulo, p.198. 2006.

SOARES, Luiz Educarado; PIMENTEL, Rodrigo. *Elite da Tropa*. Editora Objetiva, 2006.

VALOIS, Luiz Carlos. *O direito penal da guerra as drogas*. 3^o Edição. Belo Horizonte. Editora D’Plácido, 2016.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2016: Homicídios por arma de fogo no Brasil*. **Mapa da Violência**, 2016. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/mapa2016_armas.php>. Acesso em: 20 de mai. de 2019.

WAKIM, Vasconcelos Reis. *Mortes por arma de fogo: uma análise sob a perspectiva do estatuto do desarmamento*. Tese (Tese de Doutorado) – Universidade Federal de Viçosa. Minas Gerais, 2017.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada: Quem são os traficantes de drogas*. 3^o Edição. Rio de Janeiro. Editora Revan, 2017.

Políticas de “Guerra às drogas”: como as escolas do sul fluminense tratam este tema?

Eduardo de Oliveira Hosken

Rafael Monteiro de Castro

1. Introdução

A análise presente no artigo parte da premissa que há uma relação intrínseca entre o tráfico de drogas e o aumento da violência urbana. Essa relação é confirmada pelo relatório da Junta Internacional de Controle de Narcóticos (Jife), órgão das Nações Unidas (QUEM NEWS, 2019). No Brasil, até mesmo aqueles que mantêm uma visão conservadora sobre a política de drogas, reconhecem os dados, os quais apontam que aproximadamente 80% da violência urbana do Brasil está relacionada com o tráfico de drogas (G1, 2018). Nos últimos anos a problemática relativa às drogas veio se agravando, aumentando suas consequências lastimáveis, como o encarceramento em massa, criminalização da pobreza, racismo estrutural e aumento da letalidade (JUSTIFICANDO, 2016). Soma-se ao crescimento da criminalidade o aumento de pessoas, cada vez mais jovens, fazendo uso de drogas ilícitas. Pois, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio da Pesquisa Nacional de Saúde do Escolar (PeNSE) que foi realizada em 2015, houve um aumento de 7.3% para 9% do número de adolescentes concluintes do 9º ano do ensino fundamental que são usuários de drogas ilícitas (G1, 2016).

Diante dos problemas causados pelo aumento da violência, bem como o aumento do consumo de drogas por adolescentes, é fato que a política de drogas adotada pelo Estado brasileiro é um fracasso. Afinal, não elimina e nem mesmo diminui o número de usuários e ainda por cima gera um aumento da criminalidade e da perda de direitos por parte dos seus cidadãos. Neste artigo não se pretende investigar as razões que poderiam estar por trás do fracasso dessa política de drogas, o objetivo aqui se limita a examinar como os jovens estão sendo formados para a compreensão da política de drogas e, conseqüentemente, avaliar em que medida a política de proibição as drogas promovida pelo Estado pode estar relacionada com o tipo de formação que é oferecida aos jovens dentro dos espaços escolares. Ou seja, as escolas brasileiras estão adotando um discurso proibitivo com relação às drogas, o qual fecha o debate sobre a origem da proibição, seus efeitos sociais, políticos e econômicos e, portanto, promovem – no que tange ao tema – a desinformação e a ignorância? Dado o período curto em que foi estabelecido a pesquisa, o escopo da análise se restringe às escolas do Sul Fluminense e o objetivo é responder ao seguinte problema: qual o papel que as escolas do Sul Fluminense estão exercendo na formação de seus alunos no que se refere ao debate relativo às drogas?

2. Política de “guerra às drogas”

A relação do ser humano com substâncias psicoativas é tão antiga quanto a origem da sociedade, de acordo com a Dra. Elisa Guerra-Doce, temos contato com entorpecentes desde a pré-história (HUFFPOST, 2015). Rogério Toledo Cardoso afirma que indicar a origem da proibição das chamadas drogas é praticamente impossível, devendo-nos atentar a determinar períodos históricos que estruturam a lógica punitivista adotada pela maioria dos Estados (2015).

No início do século XX, o governo dos Estados Unidos, motivados pelo racismo, associou-se ao magnata da comunicação Willian Hearst para difundir o preconceito contra imigrantes (principalmente os negros, mexi-

canos e chineses), relacionando o uso de drogas a esses grupos. A campanha do pânico realizada associava os imigrantes ao uso de drogas, que por sua vez estava relacionada a práticas imorais, como festas de cunho sexuais, praticas satânicas e corrupção de crianças (POLITIZE, 2015).

A tentativa de relacionar o uso de psicoativos à imoralidade influenciou decisivamente a convenção de Genebra em 1936, a qual foi responsável pela proibição das drogas em diversos países. O artigo segundo da convenção ratificada por diversos países possuía a seguinte redação:

Artigo II Cada uma das Altas Partes contratantes se compromete a baixar as disposições legislativas necessárias para punir severamente, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1938)

Neste momento a proibição ao tráfico se intensificava, colocando o problema social referente às drogas nas mãos do poder punitivo do Estado. A escolha política de criminalizar as drogas, ignorando argumentos científicos, intensificou a repressão estatal com o passar dos anos.

Foi em 1971 que o então presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, declarou guerra às drogas, afirmando que “O inimigo público número um dos EUA é o abuso das drogas”. Com esta afirmação deu à expressão “guerra às drogas” o seguinte significado: política de drogas que visa reprimir com punições mais severas todos aqueles que estabelecessem relações com drogas que são consideradas ilícitas pelo Estado. Nos anos que seguiram a este pronunciamento a política de repressão ao uso e tráfico de drogas se intensificou de maneira drástica (GOMES, 2012). Em decorrência desta “guerra” a população carcerária dos EUA explodiu, aumentando 400% desde a década de 1970. A ideia de prender os traficantes para neutralizar suas ações e servir de modelo para a inibição de novos delinquentes falhou. De acordo com um estudo realizado

pela Universidade de New York, o encarceramento norte americano possui efeito nulo na diminuição da criminalidade (OPINIÃO E JUSTIÇA, 2015), especialmente na criminalidade envolvendo drogas ilícitas.

No site do Senado Federal, em um texto a respeito da história do combate às drogas no Brasil, está expresso que os governos brasileiros sempre importaram o modelo de repressão ao tráfico de outros países, sobretudo os Estados Unidos. O imperialismo norte americano difundiu a repressão aos narcóticos pelo mundo inteiro, tendo sido uma escolha política que sempre teve como alvo criminalizar grupos sociais. Nos Estados Unidos começou com a perseguição aos chineses e mexicanos, no Brasil a escolha foi criminalizar a população mais pobre, sobretudo os negros (VICE, 2018).

Isto evidencia que o tratamento dado aos usuários e traficantes de tóxicos no Brasil não considerou a realidade latino-americana, podendo este ser um dos motivos pelo qual o Brasil ocupa o nono lugar na lista de países mais violentos do mundo, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (R7, 2018). A magistrada Maria Lucia Karam, estima que 30 mil homicídios no Brasil sejam decorrentes da “guerra às drogas” (THE INTERCEPT, 2019), explicitando o fracasso da importação do modelo norte-americano de repressão ao tráfico de drogas.

3. Lei de tóxicos

A lei Nº 11.343 - Lei de Tóxicos - foi sancionada em agosto de 2006 instituindo o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, a qual estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, dentre outras medidas com intuito de reprimir o tráfico de drogas. Segundo a exposição de motivos da referida lei, a mesma é uma tentativa de unificar as propostas mais modernas, derivadas de iniciativas legislativas e executivas.

Um dos aspectos mais relevantes da lei de tóxicos é a descriminalização ou despenalização do porte de drogas, prevista em seu artigo 28:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

(JUSBRASIL, 2006)

A doutrina do direito penal diverge a respeito da mudança legislativa, tendo quem defenda que houve a descriminalização, e aqueles que defendem que ocorreu apenas a despenalização, retirando a pena privativa de liberdade do porte. O Supremo tribunal Federal já se manifestou afirmando que ocorreu a despenalização, e não o fenômeno do *abolitio criminis* (FERREIRA, 2009).

O advento da lei 11.343 ocorreu em um contexto de “guerra às drogas”, mas em tentativa de afastar a punição dos usuários e penalizar de forma mais rígida os chamados traficantes. Ou seja, o objetivo da lei era resguardar os usuários, ao passo em que responsabiliza o tráfico. Segundo Nathália Oliveira, em entrevista ao portal Justificando, o problema da referida lei encontra-se em sua execução, visto que a realidade brasileira deturpou seu objetivo, aumentando o número de prisões de pequenos varejistas de substâncias ilícitas e, conseqüentemente, aumentando o encarceramento (2017).

Não se pode falar na política de repressão às drogas sem fazer um recorte racial. No Brasil, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2014), 64% da população carcerária é negra, sendo grande parte presa devido a prática de condutas tipificadas pela lei de tóxicos como tráfico de drogas. Para Nathália Oliveira a citada lei surgiu como reflexo da sociedade racista, reforçando a criminalização da população negra.

Como resultado da vigência da lei 11.343, o encarceramento em massa no Brasil aumento 119% somente entre 2006 e 2014:

Entre 2000 e 2014, a taxa de aprisionamento aumentou 119%. Em 2000, havia 137 presos para cada 100 mil habitantes. Em 2014, essa taxa chegou a 299,7 pessoas. Caso mantenha-se esse ritmo de encarceramento, em 2022, a população prisional do Brasil ultrapassará a marca de um milhão de indivíduos. Em 2075, uma em cada dez pessoas estará em situação de privação de liberdade. (Idem, 2014)

Os números apresentados por esse levantamento apresentam uma realidade assustadora, que segundo a bacharela em direito Gabriela de Matos Soares Braga estão associados à Lei 11.343 de 2006, a chamada lei de tóxicos. A falta de objetividade dos critérios estabelecidos pelo dispositivo legal supracitado, bem como a atribuição ao policial em primeiro momento e, posteriormente, ao juiz de distinguir o usuário do traficante resultou em consequências desastrosas para a sociedade, como aponta o informativo do Infopen.

Ao importar o modelo de repressão de drogas norte-americano, a elite econômica brasileira – que exerce maior poder sobre as instituições do Estado – fez uma escolha política de criminalizar determinadas drogas e, sobretudo, utilizar o aparato estatal para reprimir os grupos economicamente mais vulneráveis da sociedade. Tendo em vista que o tráfico de drogas movimentava bilhões por ano no país e se sustenta por meio da corrupção de vários agentes do Estado, garantindo, portanto, o enriquecimento de diversos grupos financeiros que atuam junto ao tráfico, é compreensível que o modelo de política escolhido pela elite econômica do país seja a chamada “guerra às drogas”. Pois esta política visa apenas reprimir aqueles que são meros varejistas e se localizam nas favelas e periferias das cidades brasileiras, ou seja, não atinge o cerne da engrenagem do tráfico, que são os grandes atacadistas das drogas ilegais. Ao contrário, a repressão ao varejo da droga visa manter toda a engrenagem do tráfico de drogas se desenvolvendo normalmente e, além disso, promove a repressão nos espaços onde se localizam os grupos mais vulneráveis economicamente. Sendo assim, a política adotada pelo Estado brasileiro no que tange às drogas visa, por um lado, criminalizar a pobreza, já que atua estritamente nos espaços daqueles que são mais

vulneráveis economicamente e suprem, com isso, muitos dos seus direitos individuais garantidos constitucionalmente; por outro lado, não desmonta as engrenagens do tráfico de drogas, que gera bilhões por ano para grupos financeiros que se enriqueceram com a ilegalidade da venda de algumas drogas. Conforme o delegado da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, Orlando Zaccone, a criminalização da pobreza é um dos objetivos centrais da política de “guerra às drogas” e não seu efeito colateral, pois afirma que tal política se mantém porque ela obtém sucesso no que se refere à construção da ideia de um

Inimigo interno, o que já é uma tradição das próprias ações repressoras do Estado àqueles que não se resignam ao estatuto jurídico-político. A história do Brasil sempre foi criada na construção desse inimigo, seja em Canudos, no Araguaia, e agora nas favelas, na figura mítica do traficante de drogas, que é criada num patamar onde o seu extermínio é desejado não só pelo Estado, mas pela sociedade de uma forma geral. Então, a guerra às drogas acaba promovendo um dispositivo que autoriza intervenções militares em áreas pobres. Temos a questão das UPPs no Rio, onde o controle dos guetos e da vida daqueles que moram nas favelas é justificado sob o argumento da proibição das drogas. O encarceramento em massa que é feito é visto como também uma política que pretende retirar de circulação aqueles que o sistema econômico não contempla, nem como produtores, nem como consumidores (REVISTA BERRO, 2015).

Segundo João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt do Bem, no direito penal há um processo de seleção de pessoas indesejadas socialmente, não de condutas (2017). Os autores expõem a lógica perversa do sistema penal que camufla o processo higienista de limpeza social por meio da criminalização de condutas. A relação do tráfico de drogas com a violência, que é em grande parte um plano político para criminalizar os espaços onde se localizam os mais pobres, legitima a “guerra às drogas”, fazendo com que a população de forma unânime aceite como necessária esta “guerra”, que diariamente mata centenas de indivíduos, majoritariamente os pobres e os negros no Brasil (THE INTERCEPT, 2019).

4. Metodologia

Para responder a problemática levantada na introdução do artigo, buscou-se realizar uma pesquisa exploratória de natureza básica, que seria efetivada por meio da aplicação de questionários em uma amostragem de alunos de escolas da região Sul Fluminense do estado do Rio de Janeiro.

A primeira fase da pesquisa foi dedicada a realização de debates e estudos sobre o tema concernente às políticas de drogas e o papel da educação na discussão deste tema nas escolas. O objetivo destes era orientar os integrantes do projeto sobre o tema e, com isso, fomentar o conhecimento necessário para desenvolver o questionário e as demais fases do projeto. Após a fase inicial, que terminou com a construção do questionário (Anexo 1), foi iniciado um levantamento com uma parcela de alunos do 1º ano do ensino médio escolhida de forma aleatória na comunidade escolar do município de Pinheiral e Volta Redonda – RJ.

Devido à dificuldade de conseguir autorização para os pesquisadores aplicar os questionários nos colégios, só foi possível aplicá-los em três escolas da região. Um dos prováveis motivos deste empecilho foi a falta de abertura das escolas e de seus planos pedagógicos para o debate desse tema, o que desde já apontou como as escolas são restritivas quando se trata de discutir a política de drogas dentro de seus espaços.

Como reflexo dos demais órgãos de educação básica do Brasil, as escolas da região tratam a temática droga como tabu, dificultando o ingresso de debates sobre essa temática que tenham o intuito de desenvolver uma discussão sobre esse tema para além da mera legislação proibitiva e suas consequências legais. Esta realidade entra em conflito com a verdadeira função da educação, que é produzir seres pensantes, capazes de refletir e produzir conhecimentos. O número de entrevistados deveria ser de 120, porém devido as restrições enfrentadas dentro das escolas só foi atingido o número de 82.

O questionário possui seis perguntas fechadas, porém com caixas de texto para complemento da resposta, ou seja, para cada pergunta fechada há possibilidade para o desenvolvimento da resposta de forma aberta. O modo de construção das perguntas tem o intuito de coletar dados objetivos, mas também de reunir relatos e comentários dos entrevistados para complementar o resultado. Em seguida foi realizada a computação e interpretação dos resultados obtidos.

5. Resultados e discussão

A partir da coleta de dados realizadas nas escolas da região Sul Fluminense foram montados gráficos com intuito de condensar os dados obtidos, possibilitando uma melhor compreensão das respostas dos estudantes a respeito do tema política de drogas.

Em relação ao caráter proibicionista das drogas os alunos em grande maioria se mostraram favoráveis à manutenção das políticas de repressão às drogas. Para justificar suas ideias, uma parcela significativa se embasou na teoria de que o uso de drogas gera violência e também destrói a saúde dos usuários. Desse modo, para esta parcela dos entrevistados, o Estado deve proibir a comercialização de drogas para garantir a segurança pública e a saúde da população. No entanto, todos os que responderam desta maneira desconhecem os dados mais recentes relativos à regulamentação das drogas, o que demonstra que não tiveram acesso na escola ao debate mais aprofundado sobre a política de “guerra às drogas” e seus efeitos sociais, políticos e econômicos para a sociedade. Além disso, mostra também que esses alunos não tiveram acesso aos dados concernentes à política de redução de danos adotada em alguns países que legalizaram ou descriminalizaram as drogas, visto que demonstram desconhecer que nestes países que adotaram tais políticas não houve aumento da violência e nem aumento de prejuízo da saúde dos usuários, pelo contrário, constata-se uma diminuição tanto da violência quanto do prejuízo à saúde dos usuários (EL PAÍS, 2019).

Ao ser questionado sobre a diferença de legalização e liberação a maioria dos alunos afirmou não compreender a diferença, além disso, grande parte dos que acreditam conhecer os conceitos ao tentarem explicá-los acabava se confundindo, demonstrando não compreender minimamente a distinção entre eles. Vale ressaltar que a legalização das drogas passa por um processo legislativo complexo, em que a sociedade deve participar, podendo ocorrer de diferentes maneiras. Enquanto a liberação significa que não há nenhuma restrição na sociedade para o uso de determinadas drogas, nem mesmo de idade ou para pessoas com problemas específicos de saúde, a legalização consiste em estabelecer uma regulamentação para quem poderá fazer uso da droga e também determinar em que condições o indivíduo poderá fazer este uso. Evidentemente que para cada droga haverá restrições de acordo com a sua especificidade, conforme ocorre hoje para as drogas lícitas. É possível observar que o uso de certas drogas proibidas por lei é feito hoje no Brasil como se elas fossem “liberadas” para todos que possam vir a querer comprá-las. Afinal, tendo o dinheiro necessário para comprar, é possível adquirir drogas ilícitas em qualquer “esquina” de qualquer cidade brasileira e o vendedor (no caso, o traficante) não irá impor nenhuma restrição, mesmo de idade.

Quando questionados sobre a diferença de tratamento entre indivíduos de classes sociais distintas, 68% dos entrevistados acreditam que este fator influencia nas políticas de repressão às drogas do Estado. Esta resposta pode ser associada à vivência desses jovens que moram, em maioria, na periferia dessas cidades e que em grande parte são negros e desde jovens compreendem a distinção de tratamento dado àqueles de classes sociais mais baixas, sobretudo os que são negros.

Pouco mais da metade (51%) dos entrevistados afirmam ter debatido na escola sobre o tema drogas, sendo este número preocupante, já que faz parte do currículo escolar básico tratar desse assunto. Além disso, quando analisadas as respostas dos alunos que debateram, de 40% não consideraram o debate positivo, ou seja, além de haver pouco debate

sobre o tema, quando ocorre o debate não é feito de maneira que os alunos possam retirar proveito deste.

Um resultado observado é que grande parte dos alunos da rede pública de ensino teve contato com o tema droga por meio do Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD), que é um projeto com intuito de “preparar crianças e adolescentes para fazerem escolhas seguras e responsáveis na autocondução de suas vidas, a partir de um modelo de tomada de decisão” (PM-MG, 2019). Apesar de estar no objetivo do programa instruir os alunos a tomarem de forma crítica suas decisões, a realização do projeto ocorre, segundo relatos dos alunos, de maneira que um policial militar fardado, muitas vezes intimidando os alunos, apresenta resultados a respeito de danos ao convívio social e as consequências legais que o consumo de drogas resulta na vida do usuário. O problema do PROERD é que ele adota uma discussão que visa apenas apontar as consequências do uso problemático de drogas e também as consequências legais deste uso. Ou seja, omitem do debate as consequências sociais, políticas, econômicas e para os direitos humanos da política de “guerra às drogas” e, além disso, não informa sobre os dados registrados concernentes aos países que legalizaram ou descriminalizaram as drogas.

Por fim, a grande maioria dos entrevistados, 72%, considera que a “guerra às drogas” tem resultado ineficaz. Causando violência policial, mortes e perseguição à pobreza. Em relação aos 23% dos que acredita na eficácia da “guerra às drogas”, sua maioria utilizou como argumento a criminalidade envolvida no consumo de drogas e argumentos que envolvam a ideia de que o Estado deve assumir posições paternalistas. O paternalismo é um comportamento assistencial, em que um indivíduo acredita saber quais são as melhores escolhas de vida para o outro, ignorando sua capacidade crítica e a liberdade. Em relação ao uso de drogas, estes argumentos são fomentados na cultura brasileira e, como se viu, até mesmo no debate – quando ocorre – dentro das escolas sobre a política de drogas. Como reflexo a população legítima esta repressão em nome do que seria “melhor aos indivíduos”, mesmo que algumas escolhas deixem

de levar em conta dados científicos sobre o tema e se embase meramente na sua visão pessoal, que a escola, enquanto promotora de uma visão crítica sobre temas de relevância para a sociedade, deveria buscar desconstruir em favor dos dados científicos.

A partir das afirmativas expostas anteriormente podemos entender que a grande maioria dos entrevistados não possui conhecimentos adequados relativos ao tema trabalhado, por este motivo replicam o discurso proibicionista sem refletir a respeito das palavras reproduzidas por eles mesmos. A escola, que segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica, deve ofertar em seu projeto político-pedagógico o tema referente às drogas (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2013,) não vem cumprindo de forma eficaz sua função de instruir e prevenir o uso de tóxicos por jovens, considerando que só um pouco mais da maioria dos entrevistados participou de debates sobre o tema e, como se viu, aqueles que participaram não demonstraram ter conhecimentos capazes de produzir uma reflexão sobre ele.

Outro resultado obtido é a incongruência das respostas dos alunos entrevistados. Com base na análise sistemática dos questionários foi observado que os alunos se contradiziam diversas vezes nas respostas. Muitos alunos admitiam a ineficácia da “guerra às drogas”, ao passo que reproduzia o discurso proibicionista, ou então admitiam o diferente tratamento dado a indivíduos de classes sociais diferentes, porém concordavam com a política de repressão do Estado.

Este último resultado reflete a contradição presente em todas as esferas da sociedade. A mídia, o sistema escolar e as organizações da sociedade civil, que visam à repressão ao consumo de drogas, são responsáveis por difundir informações rasas a respeito do tema, não retratando o assunto de maneira crítica. Deste modo, a maior parte da sociedade, quando entra em contato com a temática droga não tem informações suficientes para construir uma opinião crítica, e acaba por repetir o senso comum, caindo em contradição muitas vezes como foi constatado nas entrevistas.

6. Considerações finais

Com base no que foi dito, podemos afirmar que atingimos alguns resultados que corroboram com a hipótese inicial de que as escolas da região Sul Fluminense estão promovendo pouco debate sobre o tema da política de drogas e suas consequências sociais e, quando o faz, é incapaz de promover uma discussão crítica sobre o tema e que abranja as diversas perspectivas e dados relativos à política de drogas. Desta maneira, as escolas têm sido mais um mecanismo de fortalecimento de reprodução do senso comum sobre o tema do que instrumento de fomento de uma visão crítica, que é o papel da escola exercer sobre qualquer tema.

Nos dizeres de Martinelli e Bem, considerar que o direito penal é a única maneira para combater a criminalidade é mais uma vez enxugar gelo (2017). Por esta razão a comunidade escolar não pode se negar a enfrentar este problema de frente, com um diálogo aberto que busque construir conhecimentos, não somente reproduzir o discurso legalista, mas fomentar o debate crítico sobre o tema, isto é, embasado em pesquisa e dados científicos, os quais permitem ter uma visão mais abrangente e abarcar, por consequência, suas diversas perspectivas.

Deste modo, faz-se necessário aprofundar os dados obtidos pela pesquisa a fim de desenvolver métodos eficazes que contribuam para o debate escolar sobre a política de drogas. Conclui-se que a escola tem um papel fundamental na formação cidadã dos indivíduos e por este motivo deve procurar estabelecer uma forma de diálogo coerente e crítica e não de mera reprodutora do senso comum.

Referências

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Decreto Nº 2.994, de 17 de agosto de 1938**. 17 ago. 1938. Disponível em: http://www.oas.org/juridico/MLA/pt/bra/pt_bra_1936_convencao_repressao_trafico.pdf. Acesso em: 2 agosto 2019.

CARDOSO, R. T. (2015). **Proibição de Drogas no Brasil e no Mundo**. set. 2015. Disponível em: <https://rogeriooledocardoso.jusbrasil.com.br/artigos/232632744/proibicao-de-drogas-no-brasil-e-no-mundo>. Acesso em: 29 jul. 2019.

EL PAIS. **Como Portugal se tornou referência mundial na regulação das drogas**. 6 mai. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/05/02/internacional/1556794358_113193.html. Acesso em: 26 set. 2019.

EM DISCUSSÃO. **História do combate às drogas no Brasil**. (2019). Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>. Acesso em: 7 ago. 2019.

FERREIRA, A. L. **O uso das drogas e o sistema penal. A relação entre a proibição e a redução de danos**. (2009). Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/trabalhos_22009/AnnecyLourinhodaSilvaFerreira.pdf. Acesso em: 26 set. 2019.

GOMES, L. F. **Drogas: EUA perderam mais uma guerra**. (2012). Disponível em JusBrasil: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121928677/drogas-eua-perderam-mais-uma-guerra>. Acesso em: 28 jul 2019.

G1. **Comandante do exército diz que crime organizado é ‘maior ameaça a soberania nacional’**. 22 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/comandante-do-exercito-diz-que-crime-organizado-e-a-maior-ameaca-a-soberania-nacional.ghtml>. Acesso em: 18 jun. 2019.

G1. **Uso de drogas aumenta entre os adolescentes no país**. 26 ago. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/uso-de-drogas-aumenta-entre-os-adolescentes-no-pais-19996988>. Acesso em 18 mar. 2019.

HUFFPOST. **Humanos usam drogas desde os tempos pré-históricos, revelam pesquisas**. 26 fev. 2015. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2015/02/26/humanos-usam-drogas-desde-os-tempos-pre-historicos-revelam-pesq_a_21679578/. Acesso em: 4 ago. 2019.

JUSBRASIL. **Lei de Tóxicos - Lei 11343/06 | Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 23 ago. 2006. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06>. Acesso em: 26 set. 2019.

JUSTIFICANDO. **“A guerra às drogas no Brasil é a manutenção do racismo na sociedade”**. 23 set. 2016. Disponível em: <http://www.justificando.com/2016/09/23/guerra-as-drogas-no-brasil-e-manutencao-do-racismo-na-sociedad>. Acesso em: 19 jun. 2019.

_____. **Entrevista Nathália Oliveira**. 13 mar. 2017. Disponível em: <http://www.justificando.com/2017/03/13/nova-politica-de-drogas-justificando-entrevista-nathalia-oliveira/>. Acesso em: 26 set. 2019.

MARTINELLI, J. P. O.; BEM, L. S. **Lições Fundamentais de Direito Penal: parte geral**. 02. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 01.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica**. Brasília: MEC, 2013.

MINSITÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. jun. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2019.

OPINIÃO E NOTÍCIA. **Número de presos nos EUA cresceu mais de 400% desde 1970**. 19 fev. 2015. Disponível em: <http://opinioenoticia.com.br/internacional/numero-de-presos-nos-eua-cresceu-mais-de-400-desde-1970/>. Acesso em: 4 ago. 2019.

POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. **O que é o Proerd**. (2019). Disponível em: <https://www.policiamilitar.mg.gov.br/portalpm/proerd/conteudo.action?conteudo=1561&tipoConteudo=itemMenu>. Acesso em: 26 ago. 2019.

QUEM NEWS. **Relatório da ONU mostra relação entre a expansão da violência e o tráfico de drogas**. (2019). Disponível em: <http://revistaquem.globo.com/Revista/Quem/o,,EMI42993-9531,00RELATORIO+DA+ONU+MOSTRA+RELACAO+ENTRE+A+EXPANSAO+DA+VIOLENCIA+E+O+TRAFICO+D.html>. Acesso em: 23 ago. 2019.

REVISTABERRO. **Entrevista OrlandoZaccone: “A alternativa é a legalização”**. 22 jan. 2015. Disponível em: <http://revistaberro.com/entrevista/orlando-zaccone-a-alternativa-e-a-legalizacao/>. Acesso em: 11 mar. 2017.

R7. **Brasil é o 9º país mais violento do mundo, segundo a OMS.** 17 mai. 2018. Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/brasil-e-o-9-pais-mais-violento-do-mundo-segundo-a-oms-17052018>. Acesso em: 5 ago. 2019.

SENADO NOTICIAS. **Tráfico e violência: uma relação íntima.** 24 jan. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/24/trafico-e-violencia-uma-relacao-intima>. Acesso em: 23 ago. 2019.

THE INTERCEPT. **A guerra às drogas não funciona. O que podemos aprender com o seu fracasso?** 18 jan. 2019. Disponível em: <https://theintercept.com/2019/01/17/guerra-as-drogas-fracasso/>. Acesso em: 7 ago. 2019.

VICE. **Como os EUA convenceram o mundo a demonizar as drogas.** 20 ago. 2018. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/594j8b/eua-convenceu-o-mundo-a-proibir-drogas. Acesso em: 6 ago. 2019

Anexo I

QUESTIONÁRIO PROJETO EDUCAÇÃO E DROGAS

Idade: _____ Local de residência: _____

1. Você é a favor da proibição das drogas? Sim/Não. Por quê?

() Sim () Não _____

2. Você acredita que o critério "classe social" tem influência na "guerra às drogas"?

() Sim () Não

3. Você considera que "guerra às drogas" tem resultado efetivo? Sim/Não. Por quê?

() Sim () Não _____

4. Você compreende a diferença entre legalização/liberação das drogas?

() Sim () Não _____

5. Como intervir nas consequências da "guerra às drogas"?

6. Você já debateu sobre drogas na família/escola? Como se deu este debate?

() Sim () Não _____

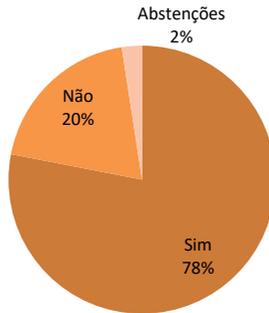
7. Se já debateu, quais temáticas foram abordadas? ("guerra às drogas", encarceramento em massa, proibição e seu contexto, violência policial, tráfico de drogas (varejo/atacado), discurso ligado ao campo da saúde/medicinal).

8. A informação recebida, a partir do debate, te ajudou a compreender melhor a questão das drogas? Fale como foi sua experiência a respeito do tem

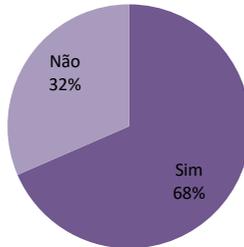
() Sim () Não _____

Anexo II

Você é a favor da proibição das drogas?



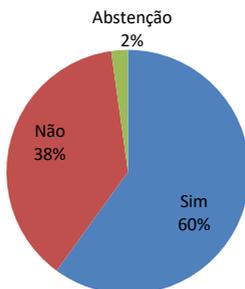
Você acredita que o critério "classes social" tem influência na "guerras as drogas"?



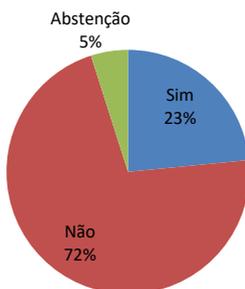
Você já debateu sobre drogas na sua escola?



A informação a partir do debate te ajudou a compreender melhor a questão das drogas?



Você considera que a "guerra as drogas" tem resultado efetivo?



Você compreende a diferença entre legalização e liberação das drogas?



Reforma trabalhista e previdenciária

O trabalho de gestantes e lactantes e a insalubridade no tocante da Lei nº 13.467/2017

*Joicemeire Costa Amorim*¹

*Maria Victoria Gallo Santos*²

1. Introdução

A partir do século XIX, com a Revolução Industrial, a presença da mulher nos ambientes trabalhistas aumenta consideravelmente na medida em que a atuação desse sujeito se afasta do âmbito eminentemente privado para o espaço público. Com o desenvolvimento e crescimento de fábricas, as operárias eram subordinadas à carga horária de trabalho exaustiva, chegando a 16 horas por dia, além de desvalorização salarial em ambientes nocivos à saúde.

Após intensas lutas sociais como movimentos feministas e grevistas, se faz presente às garantias de uma gestação saudável e a proteção da prole, expressas na CLT e na Constituição da República Federativa do Brasil. Tais garantias, contudo, foram abaladas pela Lei nº 13.467/2017, sancionada pelo ex-presidente da República Michel Temer. Nessa ocasião, ressalta-se ainda que a Constituição Federal vigente considera a igualdade entre homens e mulheres em se tratando de direitos e obrigações, conforme redação do artigo 5º, inciso I e, isto posto, o princípio da igualdade deve estar em harmonia com o texto, pois existe também a

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia. E-mail: joicemeireamorim@gmail.com

² Graduanda do curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia. E-mail: gallomariav@gmail.com

peculiaridade de cada gênero, tratada como igualdade material, sendo esta atribuída ao fato de a mulher engravidar e amamentar.

Com a entrada em vigor da lei reformada, a proteção das gestantes e lactantes diante do meio ambiente insalubre de trabalho foi flexibilizada. Tendo em vista que o Direito, como produto sociológico, histórico e cultural de determinada sociedade, atua de forma remodelada ao acompanhar as modificações sociais, nas quais há a expectativa da melhoria contínua em prol de uma coletividade, a Reforma Trabalhista foge destes princípios com o fundamento de atender interesses particulares e, pontualmente, flexibilizando garantias e direitos das mulheres na situação disposta no art. 394-A da CLT.

Em seguida, serão desenvolvidas fundamentações, análises e posições sobre a relação da mulher com o ambiente laboral insalubre, seu respaldo regulamentado bem como critérios para a obtenção do adicional, depois, uma linha do tempo expondo as alterações sofridas no art. 394-A da CLT nos últimos anos, além das respectivas justificativas e medidas de intervenção que geraram tais modificações.

2. O trabalho e a mulher

Desde os primórdios, a mulher sempre esteve presente na história, porém, sua voz nunca foi ouvida. Foram necessárias mudanças abruptas na sociedade, lutas, reivindicações e até mortes para as mulheres alcançarem direitos e garantias. Isso não é diferente na perspectiva trabalhista. O trabalho realizado pela mão de obra feminina se torna mais forte no século XIX, com a Revolução Industrial. Esse momento necessitou de grande mão de obra, recorrendo às trabalhadoras do sexo feminino.

Todavia, a precariedade das indústrias e condições trabalhistas se faziam presentes. Sem um amparo legislativo, as trabalhadoras cumpriam jornadas exaustivas, sob condições extremamente nocivas à saúde e recebendo pagamentos inferiores aos dos homens. Por conseguinte, vale destacar que as operárias gestantes e lactantes não possuíam nenhuma

garantia especial, realizando trabalho em ambientes insalubres, além de suportar toda exploração e maus tratos.

É a partir desse momento que se iniciam movimentos reivindicando boas condições trabalhistas. Mudanças sutis, mas que são base para os direitos dos trabalhadores e trabalhadoras, refletindo em uma evolução normativa gradual. No Brasil, no começo do século XX, as primeiras manifestações acerca dos direitos das mulheres no mercado de trabalho se iniciam, apesar do conteúdo patriarcal, com a restrição do trabalho noturno, sendo proibido e apenas flexibilizado com a autorização do marido ou do pai.

A partir de 1930, surgem disposições acerca da empregada gestante como licença maternidade, regularização da jornada de trabalho e contra dispensa arbitrária. Um grande marco para a história é a igualdade formal entre homens e mulheres, consolidadas na Carta Magna de 1934.

Mas foi a partir da Constituição de 1988 – que marca a ruptura de um governo autoritário com a chegada de um buscando assegurar os direitos dos cidadãos - que a igualdade entre homens e mulheres trespassou a formalidade normativa, surgindo também um alcance material. Diante de seus artigos e incisos, ficou garantida à mulher a proteção ao mercado de trabalho, a proibição de diferenças salariais, dentre outros dispositivos.

Nada obstante, a luta das mulheres pelo reconhecimento de seus direitos continua, afinal, o patriarcado e o machismo persistem no século XXI e a posição social de inferioridade imposta às mulheres, apesar de menor, ainda existe. A precarização dos direitos e garantias é sentida na pele, podendo ser claramente constatada com a Reforma Trabalhista, principalmente no que se diz respeito a ferir preceitos constitucionais.

3. O trabalho insalubre

É inegável que todas as formas de trabalho contêm em sua essência algum tipo de risco, seja físico, biológico, ergonômico ou mesmo psicológico. Assim, em se tratando do trabalho insalubre, tipificado no artigo

189 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), temos que o mesmo engloba atividades ou operações que, por sua natureza, expõem empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados, levando em consideração a natureza do agente insalubre, a atividade laboral desenvolvida pelo empregado e o tempo em que ele fica exposto aos efeitos desse trabalho.

Nesse diapasão, a Norma Regulamentadora 15 (NR 15) trata especificamente de atividades e operações insalubres, tipificando limites de tolerância e descrevendo algumas dessas atividades. A CLT, em seu artigo 192, assegura aos trabalhadores nessas condições o adicional de insalubridade, que incide sobre o salário mínimo da região, equivalente a 10% (dez por cento), para insalubridade de grau mínimo; 20% (vinte por cento), para insalubridade de grau médio e 40% (quarenta por cento), para insalubridade de grau máximo. Nessa ocasião, é importante ressaltar o quando exposto no subitem 15.3 da NR 15:

"No caso de incidência de mais de um fator de insalubridade, será apenas considerado o de grau mais elevado, para efeito de acréscimo salarial, sendo vedada a percepção cumulativa."

Em face a essa realidade, a própria NR 15 possui em seus anexos rol exemplificativo de atividades laborais com diferentes graus de insalubridade, contendo limites de tolerância e a carga máxima de exposição diária permissível.

4. Aspectos legislativos

4.1 Antes da Lei nº 13.287

Sancionada pela ex-presidente Dilma Rousseff, a Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016 pugnava:

"A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 394-A:

Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Parágrafo único. (VETADO).”

Tal legislação abrangia a proteção tanto das mulheres gestantes como lactantes, garantindo o impedimento do trabalho em locais insalubres de qualquer grau, assegurando os direitos constitucionais da vida, proteção à maternidade e do meio ambiente do trabalho equilibrado. Insta salientar que ao ser afastada, a mulher perdia sua remuneração o adicional de insalubridade.

Todavia, garante o deputado Rogério Marinho (PSDB-RN), relator da reforma, que tal legislação colocava as trabalhadoras à margem, levando em consideração que os empregadores tendem a escolher profissionais do sexo masculino ao ponderar que as profissionais de sexo feminino em idade fértil possuem chances de se tornarem futuras gestantes.

Ainda segundo o entendimento de Rogério Marinho, os nove meses de gestação e os seis meses de lactação definidos por lei, fomentariam em um serviço incompleto, sem alcançar o trabalho fim da funcionária, devido às necessidades da empregada nesse período. Não obstante, o realojamento da profissional para um meio salubre frequentemente não se fazia possível, por até mesmo não existir no quadro dos empregadores, levando-os a selecionar funcionários do sexo masculino.

Tais alegações foram fundamentos para a alteração do artigo 394-A da CLT pela Lei nº 13.467/2017, que será discutida no próximo tópico.

4.2 A partir da Lei nº 13.287

Em 11 de novembro de 2017 a Lei nº 13.467 entra em vigor, dispondo, no que se refere ao trabalho insalubre realizado por gestantes e lactantes:

“Art. 394-A. **Sem prejuízo de sua remuneração**, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - Atividades consideradas insalubres em **grau máximo**, enquanto durar a **gestação**;

II - Atividades consideradas insalubres em **grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde**, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres **em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde**, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a **lactação**.”

Segundo a legislação, a gestante só será afastada automaticamente de atividades insalubres de grau máximo além da permissão do trabalho realizado pelas lactantes não importando o grau, sendo vetado somente com a entrega de atestado médico.

Evidente, portanto, que uma proibição que era absoluta foi flexibilizada, sendo um regresso dos direitos e garantias das trabalhadoras, na medida em que a norma transgrida os direitos fundamentais, em decorrência da possibilidade de exercerem atividades em qualquer grau de insalubridade, inclusive no máximo.

Sobre o assunto, vale destacar nota da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), de agosto de 2017:

“A proposta não é boa nem para as gestantes nem para os ginecologistas, aos quais caberá a responsabilidade, caso a legislação seja alterada, de conceder atestados, mesmo sem acesso a todas as informações que lhe permitiriam avaliar os perigos que determinados trabalhos representariam para uma gestante.” (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA, 2017, online.).

Resta cristalino o perigo de tal modificação, pois de mesmo modo que impõe a responsabilidade trabalhista para os médicos, que não possuem acesso a informações técnicas do meio ambiente do trabalho da mulher, ignora a situação das trabalhadoras vulneráveis socialmente, que, pelo fato de possuírem o ônus de apresentar atestado de saúde, se submetem a condições insalubres, a fim de garantir a continuidade do emprego e o adicional de insalubridade, ocasionando a contínua exposi-

ção a agentes nocivos, afetando diretamente a sua saúde e a de seus futuros filhos, do mesmo modo, a saúde das crianças em período de amamentação. Não obstante, faz-se necessário ponderar que muitas mulheres não têm acesso à saúde básica para obter o atestado.

4.3 Medida provisória nº 808

Desde que a Lei nº 13.467/2017 foi sancionada, alterando o conteúdo da Consolidação das Leis Trabalhistas em diversos aspectos polêmicos, houve rejeição por boa parte da população brasileira, bem como de certa parcela do Congresso Nacional e da Magistratura do Trabalho.

Neste sentido, como forma de reação contrária a fim de produzir efeitos jurídicos práticos, surgiu a Medida Provisória nº 808 (MP 808), de 14 de novembro de 2017, conhecida também por ser a “reforma da reforma”, alterando pontos da CLT já reformada.

Assim, fazendo-se um comparativo sobre o conteúdo reformado na Lei nº 13.467/2017 em seu artigo 394-A e a Medida Provisória nº 808 no que concerne ao trabalho de gestantes e lactantes em locais insalubres, temos que em relação à primeira a empregada deverá ser afastada, sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, de atividades consideradas insalubres em grau máximo enquanto durar a gestação; de atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo desde que apresente atestado de saúde e que seja emitido por profissional de confiança da mulher recomendando o afastamento durante a gestação.

Já a empregada lactante, deverá ser afastada de atividades consideradas insalubres em qualquer grau, com a condição de também apresentar atestado de saúde emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento no decurso da lactação. Todavia, as condições apresentadas posteriormente pela MP 808 enunciam que a empregada gestante deveria ser afastada de qualquer atividade, operações ou locais

insalubres enquanto durasse a gestação, devendo exercer suas tarefas em local salubre, excluindo, assim, o adicional de insalubridade.

Em se tratando dos graus mínimo ou médio, a trabalhadora gestante só poderia exercer seu ofício em atividades insalubres se houvesse autorização de médico de confiança dela, sendo vedada a flexibilização no grau máximo de insalubridade. No que diz respeito à empregada lactante, esta seria afastada da atividade insalubre em qualquer grau desde que houvesse recomendação médica.

Contudo, a Constituição Federal (artigo 62, §3 e §7) determina que toda medida provisória deve ser aprovada pelo Congresso Nacional para se tornar válida. Desse modo, insta salientar que a MP 808 nem chegou a ser submetida ao Congresso Nacional para aprovação. Assim, perdeu sua validade em 23 de abril de 2018, porém produziu efeitos jurídicos durante o período de sua vigência.

4.4 A ação direta de inconstitucionalidade nº 5.938

Com objetivo de proteger o direito da mulher e do nascituro, a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938, na qual questionou os incisos II e III do artigo 394-A da CLT após a Reforma Trabalhista, apontando violação dos artigos 1º, IV; 6º; 7º, XX e XXII; 170; 193; 196; 201 II; 203 I; e 225, todos da Constituição Federal.

A entidade fundamenta que a realização de atividades insalubres por gestantes e lactantes vai de encontro com o valor social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, além de ferir a proteção da mulher, maternidade e vida, garantidas na Constituição Federal.

A partir desse entendimento, em abril de 2019, pondera o ministro Alexandre de Moraes a importância da proteção à maternidade e à infância garantida pela Carta Magna brasileira. Nessa perspectiva, afirma o ministro que o artigo vai de encontro não só com a proteção a maternidade como também ao direito à saúde, segurança e higiene no meio

ambiente de trabalho, tanto para a mulher como também para o nascituro e recém-nascido lactente, ferindo direito de dupla titularidade, consagrados no art. 227 da Constituição:

“(…) A ratio das referidas normas não só é salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também, efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe, nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre. (...) A proteção a maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, impossibilidade ou a própria negligência da gestante ou lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido. Dessa maneira, entendo, em juízo de cognição sumária, que as expressões impugnadas não estão em consonância com os dispositivos constitucionais supramencionados, os quais representam não apenas normas de proteção à mulher gestante ou lactante, mas também ao nascituro e recém-nascido lactente.”
(ALEXANDRE DE MORAES Brasília, 30 de abril de 2019.)

Nesse diapasão, o ministro concedeu liminar e declarou inconstitucionais fragmentos da Lei nº 13.467/2017.

Em maio de 2019, em decorrência da liminar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pela maioria dos votos, julgou procedente a ADI nº 5938. Votaram pela procedência da ação os ministros Ricardo Lewandowski, Carmen Lúcia, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Dias Toffoli.

Em suma, garantem os ministros que o dispositivo reformado vai de encontro com importante direito social instrumental protetivo, da mulher e de efetivação de integral proteção ao nascituro e recém-nascido, que prevê pleno, seguro e harmônico desenvolvimento, o que não condiz a ser exposto a um ambiente insalubre, previsto na Constituição Federal.

Não obstante, fundamenta a maioria do Supremo que a proteção à maternidade e à criança são direitos irrenunciáveis, não podendo ser relativizados pelo obscurantismo, impossibilidade ou negligência da em-

pregada em apresentar um atestado médico. Nesse entendimento se encontra a jurisprudência da Corte, que tutela tais proteções.

Todavia, o ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação, utilizando como fundamento que uma proteção exacerbada prejudicaria o gênero feminino, criando uma retratação à contratação de mulheres no mercado de trabalho. Este argumento foi pontualmente impugnado, afinal, existem determinações legais acerca de eventuais discriminações sofridas pela profissional do sexo feminino, inclusive na Carta Magna, que garante em seu art. 7, XX, a proteção ao mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos.

Impugnam também o argumento de ônus excessivo ao empregador, pois a alteração no artigo afastou do empregador o ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada. Desse modo, o STF conheceu a ADI, julgando procedente a ação e conseqüentemente declarou inconstitucional o trecho “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, presentes nos incisos II e III do art. 394-A da CLT.

Felizmente, com tal decisão resta demonstrado o choque da alteração do art. 394-A pela Lei nº 13.467/2017 com a eficácia social e respeito aos princípios do Direito brasileiro, se fazendo necessário o alerta contínuo para as restantes mudanças realizadas pela Reforma Trabalhista, que, desde que entrou em vigor, atua de modo a sucumbir os direitos conquistados pelos trabalhadores e ameaçar os nortes do ordenamento jurídico brasileiro, explícitos nas irregularidades remanescentes encontradas no corpo da CLT, como diante da matéria da gorjeta e do trabalho intermitente.

5. Considerações finais

Em virtude dos fatos mencionados, resta evidenciado que apesar da inclusão da mulher brasileira no mercado de trabalho, fruto da conquista de muitos anos de reivindicações, a luta pelo devido espaço perdura até hoje, como exposto neste artigo.

Sem embargo, apesar de julgado inconstitucional trecho do art. 394 da CLT, a Reforma Trabalhista ainda possui óbices que enfraquecem as garantias do ordenamento jurídico brasileiro. A Lei nº 13.467 demonstra uma certa rapidez em modificar benefícios conquistados, não refletindo a real necessidade social, situação esta em que foi posicionada a Medida Provisória nº 808, ADI nº 5938 e seu julgamento, dentre tantos outros processos trabalhistas instaurados entre 2017 e 2019.

Nesta ocasião, ressalta-se que o Supremo Tribunal Federal deferiu a ADI nº 5938, contestando, por sua vez, a norma permissiva que autorizada o desenvolvimento de atividades laborais por grávidas e lactantes em ambientes insalubres. Esta ação foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, discutindo principalmente o desrespeito à dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, bem como a proteção à maternidade e retrocesso social.

Assim sendo, a retirada dos trechos “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher” que faziam parte dos incisos I e II contidos no artigo já supracitado, exclui a condição de só não trabalhar em ambientes insalubres na circunstância de apresentar um atestado médico recomendando tal afastamento.

Além disso, desincentiva o trabalho insalubre por esse público alvo, pois foram confrontadas duas questões: de um lado, o risco de exposição a agentes nocivos mantendo o adicional de insalubridade, e, de outro lado, a vida e saúde da gestante, da lactante como também do nascituro e das crianças em idade de amamentação, voltando agora a vigorar o afastamento em qualquer grau de insalubridade.

Nessa sequência, vejamos a redação atual do artigo 394-A da CLT:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher,

que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, ~~quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento~~ durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vide ADIN 5938)

De fato, a Lei nº 13.467/2017 foi aprovada de maneira controversa, sem considerar diálogo social, possuindo diversas incompatibilidades com os princípios constitucionais. Destarte, uma legislação que historicamente possui finalidade e perspectiva de melhorar a condição social do trabalhador, se mostra agora incompatível com o próprio ordenamento jurídico, sendo, na realidade, um grande retrocesso social.

Isto posto, é perceptível que o Direito, agindo também como mecanismo de coerção social, deve acompanhar as mudanças da coletividade, de forma a se moldar objetivando a manutenção do espaço adquirido.

Referências

ALENCAR, Camila da Silva. **Ampliação Da Licença Maternidade Em Razão Do Nascimento Prematuro**. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/viewFile/305/291>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

BRITO, Yasmin Viana. **Reforma trabalhista e o direito da mulher: avanço ou retrocesso?** Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/24502/1/Monografia%20Completa.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Reforma Trabalhista: Febrasgo questiona alteração na CLT que limita proteção a gestante**. 2017. Disponível em: <<https://www.febrasgo.org.br/noticias/item/174-reformatrabalhista-febrasgo-questiona-alteracao-na-clt-que-limitaprotecao-a-gestante>>. Acesso em: 01 de junho de 2018.

JUSBRASIL. **Art. 394A Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto Lei 5452/43**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/topicos/108784009/artigo-394a-decreto-lei-n-5452-de-01-de-maio-de-1943>>. Acesso em: 14 de agosto de 2019.

MOTHÉ, Claudia Brum. **O Trabalho Insalubre Da Gestante E Da Lactante Na Reforma Trabalhista**. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2018/03/O-TRABALHO-INSALUBRE-DA-GESTANTE-E-DA-LACTANTE-NA-REFORMA-TRABALHISTA-1.pdf>>. Acesso em: 28 de junho de 2018.

PÉRCORA, Vitor. NR 15: **Atividade e operações insalubres**. Disponível em: <<https://vitorpecora.jusbrasil.com.br/artigos/153309652/nr-15-atividade-e-operacoes-insalubres>> Acesso em: 28 de junho de 2018.

PLANALTO. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Distrito Federal: 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

PLANALTO. **Lei no 13.467, de 13 de julho de 2017**. Distrito Federal: 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8949.htm>. Acesso em: 28 de abril de 2018.

PLANALTO. **Medida Provisória no 808, de 14 de novembro de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm#art2>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

PORTAL STF. **ADI 5938**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065>>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

SILVA, Aarão Miranda. **O direito do trabalho da mulher e a maternidade**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/www.bb.com.br?n_link=revista_artigos_le>. Acesso em: 28 de maio de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro suspende norma que admite que trabalhadoras grávidas e lactantes desempenhem atividades insalubres**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=409885>>. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF invalida norma da Reforma Trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>>. Acesso em: 08 de agosto de 2019.

Enfraquecimento da luta sindical: reflexos da Lei nº 13.467/2017 na atuação dos sindicatos

*Isabel Ceccon Iantas*¹

*Marina de Fátima da Silva*²

1. Introdução

Com o advento do novo modo de produção capitalista, o Direito teve que se adaptar às especificidades trazidas pelo sistema. De um lado, a classe trabalhadora passou a se organizar e a reivindicar melhores condições de emprego e trabalho e, de outro, a classe burguesa lutava para manter uma legislação contratual favorável à auferição cada vez maior de lucro – independente do bem estar de seus subordinados.

Para que o Estado passasse a regulamentar as relações de trabalho e, assim, criar normas garantidoras e protetivas para o lado mais fraco dessa relação, foi de suma importância a atuação dos sindicatos³, que representavam toda a categoria e batiam de frente com os superiores hierárquicos. Desde os primórdios até os dias de hoje, essa organização ocupa papel relevante quando falamos em luta por direitos e resistência contra arbitrariedades do governo ou do(a) empregador(a), exercendo sua função de representar os interesses de sua categoria, tanto em negociações coletivas quanto em manifestações políticas e ações dentro do congresso.

¹ Graduanda da Universidade Federal do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5233390882988291>

² Graduanda da Universidade Federal do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8689846822564613>

³ BARBAGELATA, Hector Hugo. **A evolução do pensamento do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012, p. 89.

Com o mundo moderno e a consolidação do Direito do Trabalho, com o Estado Social e uma Constituição asseguradora de direitos e garantias, vivemos um novo paradigma de proteção das partes vulneráveis e promoção de igualdade material. Todavia, podemos considerar essas conquistas como direitos adquiridos?

Segundo Sidnei Machado, são em momentos de baixa no mercado que legisladores, com discursos reformistas, iniciam processos de desregulamentação da legislação protetiva⁴. Os Direitos Sociais são sempre o primeiro alvo em momentos de crise, difundindo-se a ideia de que são encargos demasiadamente caros para o Estado e, por isso, uma forma de contornar a situação econômica mundial é suprimindo-os.

A Lei nº 13.467/2017, além de retirar diversos direitos e garantias conquistados ao longo dos anos pela classe trabalhadora, ataca a atuação e a sobrevivência da entidade máxima de representação das categorias: os sindicatos. Conseqüentemente, essa “reforma” precariza a relação de emprego e inviabiliza a ferramenta legítima que reivindicaria melhorias e conteria os retrocessos.

2. Alterações no Direito Sindical advindas da Reforma Trabalhista

Em 11 de novembro de 2017, a Lei nº 13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista, entrou em vigor no Brasil, alterando múltiplos dispositivos da Consolidação de Leis Trabalhistas. No tocante aos Sindicatos, o mesmo se aplica: mudanças concernentes à estrutura, à função, cortes e violações indiretas na sobrevivência dessa organização. No presente artigo, será tratado, a título de exemplo, algumas dessas alterações.

A primeira delas, diz respeito à contribuição sindical. O legislador reformista altera os artigos 578 e 579, entre outros, da CLT, tornando facultativo o que, antes, era chamado de imposto sindical. A nova redação passa a estipular que essa contribuição seja recolhida apenas se “*previa e*

⁴ MACHADO, Sidnei. *A noção de subordinação jurídica: uma perspectiva reconstrutiva*. São Paulo: LTr, 2009, p. 81

expressamente autorizada” pelo(a) trabalhador(a). Ou seja, o que antes era um desconto obrigatório e feito automaticamente no salário, agora depende de autorização de cada um(a) dos(a) trabalhadores(as).

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

A nova redação diminui, severamente, o custeio das entidades sindicais, tendo em vista que elimina, sem nenhum planejamento de período de transição, a contribuição sindical – considerada a renda mais importante para os sindicatos⁵. Apesar de polêmica a sua existência, sua retirada drástica afeta diretamente o financiamento dessas organizações.

A (in)constitucionalidade dessa alteração gerou grandes debates doutrinários. Todavia, em julho de 2018, o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI nº 5794, decidiu, por 6 votos a 3, pela sua constitucionalidade, sob o argumento de que não se pode impor o desconto contra a vontade do(a) trabalhador(a)⁶.

Sem essa importante fonte de renda, os sindicatos passam a sofrer com cortes de gastos, diminuindo, em muito, a sua atuação. Após apenas seis meses da entrada em vigor da nova lei, os sindicatos já diminuíram

⁵ GUNTHER, Luiz Eduardo. **O fim da contribuição sindical obrigatória**: a crônica de uma morte anunciada, in DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ermani (Coord). Reforma Trabalhista ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2017, p.

⁶ STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. In: Supremo Tribunal Federal, Brasília: 29 de jun. de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

em 88% a sua arrecadação⁷, resultando no enfraquecimento de sua atuação e uma menor proteção das garantias da classe trabalhadora. Sem capital financeiro necessário para manter suas atividades, os sindicatos perdem sua capacidade de defesa dos interesses da categoria, gerando um menor acesso à justiça, dando mais poder aos empregadores(as) e aumentando o desequilíbrio da relação de emprego.

Outra alteração da Reforma Trabalhista ocorre no artigo 59 e seus §§ 2º, 5º e 6º, da CLT, referentes ao banco de horas. A nova redação cria uma modalidade diferente, na qual a compensação de horas deixa de depender de convenção coletiva ou acordo exposto, dando abertura para que ocorra o acordo individual, desde que dentro de, no máximo, seis meses, admitindo o acordo tácito.

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

§2º. Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§5º. O banco de horas de que trata o §2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

§6º. É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Ao abrir para a negociação individual, a Reforma Trabalhista, novamente, retira uma função importante do Sindicato, deixando-o em segundo plano. Para o(a) empregador(a) é muito mais fácil reunir-se com o trabalhador e a trabalhadora para determinar cláusulas do contrato, do que o fazer com a entidade sindical – que terá mais condições para

⁷ GRAVAS, Douglas. **Seis meses após reforma trabalhista, arrecadação de sindicatos desaba 88%**. São Paulo: 04 de jun. de 2018. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/06/04/seis-meses-apos-reforma-trabalhista-arrecadacao-de-sindicatos-desaba-88.htm>>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

ser combativo e lutar pela manutenção de direitos. Ou seja, o sindicato fica em segundo plano e a classe trabalhadora desamparada frente à autoridade de seu superior hierárquico, que possui o condão de impor sua vontade e chamá-la de “negociação individual”.

A jornada de trabalho, uma das principais conquistas do movimento sindical, deixa de ser amparada pela proteção, aumentando-se a liberdade do(a) empregador(a) de controlar o tempo efetivamente trabalhado. Assim, apesar de, por um lado legalizar uma situação que já ocorria no mercado de trabalho, diminui sobremaneira o arbítrio do(a) trabalhador(a) em organizar seu tempo de trabalho e a auferição do pagamento das horas extras trabalhadas⁸.

A Reforma Trabalhista também altera o regime jurídico adotado no caso das dispensas coletivas, doutrinariamente chamadas de dispensa em massa. Assim, deixa-se de ser imprescindível a negociação coletiva e a atuação dos sindicatos antes do desligamento plúrimo, equiparando-o às dispensas individuais.

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Essa alteração altera o paradigma consolidado pela justiça do trabalho, uma vez que a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho era firme no sentido de exigir a negociação coletiva antes de realizar a demissão. Além disso, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), por meio da CIT n° 158, exige diversas formalidades específicas antes do desligamento dos(as) trabalhadores(as), que o legislador reformista ignora.

Ao focarmos nos Sindicatos, percebemos que outra garantia de atuação é cortada, não sendo mais obrigatório que a organização esteja

⁸ KREIN, José Dari. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva**: consequências da reforma trabalhista. Tempo soc., São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-104, Abril 2018. p. 88, 89 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100077&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

presente e busque pela melhor condição à classe trabalhadora. Assim, os(as) empregadores(as) ganham mais uma liberdade para, simplesmente, despedir diversos funcionários de uma vez só, sem o ônus econômico que seria imposto em uma Negociação Coletiva realizada pelo Sindicato. Portanto, em um contexto socioeconômico de crise, quando tendem a ocorrer as dispensas em massa, a classe trabalhadora, além de lesada pela situação e pela perda do emprego, ainda estará desamparada pelo seu órgão de representação, não sendo estabelecido qualquer parâmetro legal.

A Consolidação de Leis Trabalhista dava um tratamento diferenciado no caso de dispensa massiva, tendo em mente que, diferente de um desligamento individual, que atinge apenas um(a) trabalhador(a), aquela atinge uma coletividade de trabalhadores(as), sendo possível abalar toda a ordem social e econômica do país⁹. Dessa forma, ao igualar ambas as modalidades de dispensa, a Reforma Trabalhista precariza sobremaneira a classe trabalhadora, bem como a economia, porque deixa de impor um ônus maior à empresa. Além disso, sem a atuação dos sindicatos, a classe trabalhadora fica ainda mais à mercê dos interesses empregatícios, vez que não terão as mesmas condições, antes protegidas e obrigatórias, de negociar uma situação mais favorável de dispensa.

A Lei nº 13.467/2017 também revoga os parágrafos 1º, 3º e 7º do artigo 477, da CLT, que tratavam da homologação da rescisão no Sindicato. Com isso, retira-se outra atribuição do Sindicato, que fiscalizava as rescisões contratuais, protegendo a classe trabalhadora de eventuais abusos. Além disso, passa-se a admitir que o(a) trabalhador(a) assine um “termo de quitação anual de obrigações trabalhistas” (art. 507-B, CLT), impedindo uma eventual futura judicialização. Logo, percebe-se que a nova legislação trabalha muito no sentido de retirar as funções obrigatórias, flexibilizar formas de atuação e, conseqüentemente, atinge a “importância” dessa entidade no dia a dia laboral.

⁹ SILVA, F. **Impactos da Reforma Trabalhista na dispensa coletiva de trabalhadores**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 23, n. 1, p. 77-99, 27 jun. 2019, p. 81. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/292>>. Acesso em: 01 de out. 2019

Somando a equiparação da dispensa coletiva à individual e a retirada da obrigação de homologação da rescisão contratual nos sindicatos, nota-se que o novo marco legal trabalhista tem como proposta diminuir os custos e facilitar para as empresas dispensarem seus trabalhadores¹⁰.

Passa-se a admitir, no Direito do Trabalho, ademais, a possibilidade de acrescentar aos contratos de trabalho, cujas remunerações mensais forem superiores a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, uma cláusula compromissória de arbitragem – contato que por iniciativa do(a) trabalhador(a) ou com sua concordância expressa.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Ao se permitir a arbitragem nesses casos, infere-se que, para o legislador reformista, uma vez recebendo um valor mais elevado, o trabalhador ou a trabalhadora não precisariam realmente da tutela do Estado ou do Sindicato – ou seja, que seriam “hipersuficientes”. Demonstra, concomitantemente, a tentativa de diminuir a judicialização no Direito do Trabalho. Todavia, em vez de combater o problema de fato – o desrespeito às normas protetivas -, transfere-se para outro setor: a arbitragem, onde impera a livre iniciativa e a autonomia dos particulares, sem segunda instância ou, mesmo, sem fim protetivo.

O legislador reformista ignora completamente que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e intra sancionáveis, possuindo característica pública e, portanto, sendo indisponíveis. Logo, essa relação não se coaduna com a 218onse de liberdade e autonomia privada que conduz a arbitragem. A classe trabalhadora encontra-se em posição de vulnerabilidade independentemente do valor auferido como salário. i. e., o(a)

¹⁰ KREIN, José Dari. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva**: consequências da reforma trabalhista. *Tempo soc.*, São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-104, Abril 2018. p. 88 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100077&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

trabalhador(a), independente de sua remuneração, ainda tem a desvantagem do risco do desemprego, que leva à submissão ao que for imposto pelo superior hierárquico¹¹.

Já no artigo 611-A, há um rol de temas os quais o legislador considerou negociáveis em acordos ou convenções coletivas, prevalecendo o acordado, em detrimento do disposto em lei:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Primeiramente, esse artigo aumenta a liberdade para que se discutam os temas listados sem a necessária observância do que está

¹¹ CASSAR, V. B. **Limites da Liberdade Individual na Relação de Trabalho e Reforma Trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 83, p. 285-301, 2017, p. 298. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/109939/2017_cassar_volia_limites_liberdade.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

estabelecido como mínimo necessário na Constituição Federal e na Consolidação de Leis Trabalhistas. Assim, a categoria que não estiver organizada em um Sindicato forte ou, mesmo, no contexto de enfraquecimento dele, estão à mercê da imposição do(a) empregador(a). Facilita-se a determinação dos interesses daqueles economicamente mais fortes, que passam a poder ditar as condições de contratação, uso e remuneração da força de trabalho, sem considerar o que a lei dispõe¹².

Novamente, a Reforma Trabalhista legaliza uma prática já comum no mercado de trabalho: o Acordo Coletivo de Trabalho com Propósito Específico, que permitia que o sindicato negociasse acordos derogando normas fixadas em lei¹³. Todavia, essa prática representa imenso retrocesso, principalmente para as categorias que possuem sindicatos fracos ou sindicatos politicamente acomodados, tendo em vista que se permite a retirada de direitos e a imposição de cláusulas maléficas para a classe trabalhadora.

Somando esse artigo à alteração trazida no parágrafo único do artigo 444, vemos uma situação ainda mais precarizada: a possibilidade de negociação individual sobre os temas listados acima – no caso de empregados(as) que possuam nível superior ou que recebam salário igual ou superior ao dobro do teto dos benefícios do INSS.

Art. 444. As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

¹² **DIMENSÕES críticas da Reforma Trabalhista no Brasil.** Org: José Dari Krein; Denis Maracci Gimenez; Anselmo Luis dos Santos. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2018, p. 97.

¹³ *Ibidem*, p. 159

Novamente, a Reforma Trabalhista considera que aquele(a) com um determinado valor de remuneração não necessita da proteção da legislação ou, mesmo, do amparo da entidade representante de sua categoria. Legaliza, assim, a livre estipulação das cláusulas contratuais entre empregador(a) e trabalhador(a), seguindo os ditames dos contratos regulados pelo Código Civil. Ou seja, passa-se a admitir a autonomia privada para negociar regras trabalhistas, sem levar em conta o desequilíbrio característico da relação, na qual uma das partes é sempre vulnerável e hipossuficiente – seja qual for o seu salário.

A abertura para a liberdade contratual rompe com o que sempre se conceituou e embasou por “Direito do Trabalho”: a tentativa de, por meio do Estado, equilibrar a relação de emprego. Ao deixar o trabalhador e a trabalhadora sozinhos para negociar as cláusulas que irão reger o trabalho, admite-se a volta da precariedade nas relações de emprego, já que os interesses da classe mais forte tendem a prevalecer quando postos em negociação, impedindo, assim, o progresso social¹⁴.

Em uma realidade de desemprego e alta rotatividade, o(a) trabalhador(a) que não aceitar a proposta de seu superior será dispensado, havendo, necessariamente, outra pessoa que a aceitará, porque precisa desse emprego para sua sobrevivência. Portanto, a liberdade no campo econômico, em toda a história dos contratos de trabalho e de emprego, sempre submeteu incondicionalmente a classe trabalhadora ao domínio dos(as) empregadores(as)¹⁵. E, quando se aceita, como condição de empregabilidade ou, até, de permanência no posto de trabalho, a precarização de um direito, está afetando toda a categoria de(as) trabalhadores(as), que, em algum momento, estarão, também, obrigados a abrir mão das condições conquistadas para se adequar ao mercado de trabalho¹⁶.

¹⁴ CAZZETTA, Giovanni. **Intervenção do Estado e liberdade contratual entre os séculos XIX e XX**. In (eds G.S. Siqueira; R.M. Fonseca) *História do Direito Privado*, Belo Horizonte, Anaes, 2015, p. 88.

¹⁵ ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do contrato de trabalho: função e local**. São Paulo: LTr, 2001, p. 24.

¹⁶ TRINDADE, Rodrigo. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008, p. 153.

O §3º, do artigo 614, da CLT, também é alterado, revogando-se a Súmula 277 do TST, que previa a ultratividade dos acordos e convenções coletivas.

Art. 614. §3º. Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

A inconstitucionalidade dessa premissa é evidente, uma vez que encontra-se em desacordo com a Constituição Federal, em sua redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que alterou o §2º, do artigo 114. A Carta Magna define que a Justiça do Trabalho tem o dever de respeitar as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho e, inclusive, as que foram convencionadas anteriormente. Portanto, não se fala em nenhum momento em prazo de validade para as convenções coletivas ou acordos coletivos, tendo que ser resguardados até que nova negociação os revogue.

Ao violar o princípio da ultratividade, espera-se que, a cada dois anos, o mesmo processo de discussão e negociação seja refeito e as conquistas e avanços da categoria nunca sejam, realmente, conquistados¹⁷. A Reforma Trabalhista, assim, faz com que os Sindicatos, já enfraquecidos, tenham que manter sua força, pelo menos, a cada dois anos, para relutar pelo mesmo direito já consagrado em Convenção ou Acordo Coletivo. Dessa forma, demonstra-se, mais ainda, que nenhuma conquista é realmente duradoura, tendo que, constantemente, impor a importância do direito perante a Assembleia e perante os(as) empregadores(as). Todavia, uma vez enfraquecida, essa entidade não conseguirá manter as conquistas, favorecendo os interesses das classes mais fortes.

¹⁷ PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula nº 277 do tribunal superior do trabalho**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, vol. 76, nº 2, abr/jun 2010, p. 45. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/14079/003_pessoa_pamplonafilho.pdf?sequence=5>. Acesso em 01 de out. de 2019.

3. Enfraquecimento da luta sindical

Os sindicatos, desde os primórdios, representam uma ameaça para a elite e para os detentores de poder. Suas reivindicações ou eram acatadas ou haveria a iminência de greves, manifestações, ocupações, podendo gerar o que era mais temido ainda: a revolução da classe operária. Não é à toa que, desde sempre, essas organizações estão em constante ataques, sejam eles midiáticos – exercendo a função de denegrir sua reputação –, repressivos – com a atuação da polícia –, ou legislativos – com os mais diversos projetos de cortes, atrasos e retrocessos na seara do Direito Trabalhista e Sindical.

Com a desculpa de crise econômica e desemprego, o legislador reformista retira direitos e garantias da classe trabalhadora. Difunde-se midiaticamente que a culpa da falência de tantas empresas, bem como das despedidas em massas e o aumento do desemprego, é dos encargos trabalhistas. Nesse sentido, a Lei da Reforma Trabalhista busca retirar proteções, dificultar o acesso ao Judiciário, limitando a Justiça Gratuita e impondo o ônus da sucumbência, por exemplo, e, principalmente, busca sufocar a ferramenta de amparo e de luta por melhores condições de emprego: os sindicatos.

A Lei nº 13.467/2017 não esconde que seu principal objetivo é a redução de direitos¹⁸, sem buscar uma efetiva melhoria na realidade brasileira. Consequentemente, configura uma tentativa, deliberada, de enfraquecimento da luta sindical, visto que, contraditoriamente, privilegia o negociado sobre o legislado e a negociação individual, mas não oferece meios para que as organizações de representação possam debater e discutir cláusulas legitimamente¹⁹.

¹⁸ PORTO, Lorena Vasconcelos. **Temas da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista)**: à luz das normas internacionais. Brasília: Gráfica Movimento, 2018, p. 123.

¹⁹ BENEDETTO, Roberto Di. **Revedo mais de 70 anos em menos de 7 meses**: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer. In: Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 18, Nº. 2 (maio/ago. 2017), 2017, págs. 545-568. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6179700>>. Acesso em: 01. de out. 2019, p. 562

Com a retirada da contribuição sindical obrigatória e a tentativa de fazer com que sua cobrança só se de por meio de boleto, e não por desconto automático no salário – Medida Provisória nº 873/2019, que perdeu sua validade – a Reforma Trabalhista enfraquece os sindicatos, principalmente os de menor porte, que possuem pouca adesão de associados. Com menos valor em caixa, sua atuação é limitada, ocorrendo corte de gastos, dificultando várias searas, como: manter a sede do sindicato, manter funcionários, manter um setor jurídico para auxiliar nas demandas, entre outras. Assim, paulatinamente a atuação do sindicato vai perdendo força e se limitando a pequenas ações, pequenos auxílios, mobilizações menores e o fechamento de suas atividades.

O desmonte não se limita apenas às questões financeiras, a Reforma Trabalhista também retira várias das funções protetivas e fiscalizadoras dos Sindicatos. Logo, eliminando a obrigatoriedade da presença e da atuação da entidade, gera-se um abandono da classe trabalhadora – principalmente dos sindicatos de menor porte, que deixam de ter força para comparecer voluntariamente. Além disso, mesmo os de grande porte acabam sendo deixados de lado em momentos que, antes, seu comparecimento era exigido por lei.

Todas as medidas da Lei da Reforma Trabalhista que resultam em cortes de direitos e garantias da atuação dos sindicatos atentam, também, à Liberdade Sindical – princípio internacionalmente assegurado como pressuposto da proteção ao trabalho e democracia. A Convenção nº 87, da OIT, a qual o Brasil é signatário, determina que as autoridades públicas não podem intervir de forma a limitar a liberdade sindical ou dificultar seu exercício. Dessa forma, a Reforma Trabalhista descumpre abertamente, desestabilizando e impedindo a organização das categorias.

A Organização Internacional do Trabalho também condenou, em conferência realizada em Genebra (2017), a criação de normas que permitam que haja negociações individuais e, inclusive, negociações coletivas que tenham como objetivo a flexibilização de direitos já res-

guardados na legislação pátria²⁰. Dessa forma, essa mudança de marco legal colocou o Brasil na lista “suja” da OIT, ao lado dos demais países que desrespeitam direitos trabalhistas²¹.

Para além da inconstitucionalidade e atentado às normativas internacionais da Reforma Trabalhista, é inegável o resultado: o enfraquecimento da luta sindical. Ao se retirar atribuições e impedir a atuação da entidade de classe, é visível a tentativa de deixar o(a) trabalhador(a), hipossuficiente, à mercê das vontades de seu superior hierárquico. Não se admite uma negociação coletiva ou individual, na qual, uma parte será ameaçada de perder seu posto de trabalho ou outras sanções, se não renunciar direitos mínimos assegurados por lei²² - o que se torna realidade ao enfraquecer os sindicatos.

4. Conclusão

A Reforma Trabalhista sempre teve como seu maior fim satisfazer as vontades da alta classe de empregadores, cansados de dar parcela de seu lucro para o(a) trabalhador(a). Assim, convenceu os brasileiros de que, se abrissem mão de algumas de suas garantias, a economia do Brasil voltaria a crescer, aumentariam as oportunidades de emprego e os salários automaticamente cresceriam.

Um dos alvos da nova legislação foram os Sindicatos, que tiveram sua principal fonte de sustento financeiro cortado de súbito, perderam diversas prerrogativas, sua presença em diversos âmbitos deixou de ser obrigatória e passou-se a permitir a negociação individual. Portanto, favoreceu situações em que o(a) trabalhador(a) esteja sozinho, frente a frente, com seu(u) chefe(a) e a necessidade de atuação sindical foi deixada de lado.

²⁰ GUNTHER, Luiz Eduardo. **O fim da contribuição sindical obrigatória: a crônica de uma morte anunciada.** in DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord). Reforma Trabalhista ponto a ponto. São Paulo: Ltr, 2017

²¹ CARTA CAPITAL. **Reforma Trabalhista faz Brasil entrar na lista 'lista suja' da OIT novamente.** São Paulo: 11 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/mundo/reforma-trabalhista-faz-brasil-entrar-na-lista-suja-da-oit-novamente/>>. Acesso em: 01 de out. de 2019

²² PORTO, Lorena Vasconcelos. **Temas da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista):** à luz das normas internacionais. Brasília: Gráfica Movimento, 2018, p. 126.

Nesse contexto de retirada de direitos, flexibilização e informalização das relações de emprego, natural seria que se exigisse uma postura mais ativa dos sindicatos, porém, sem que existam condições materiais para esse desempenho, essa entidade perde sua força e a luta sindical perde espaço. O resultado disso é a insegurança jurídica e uma situação de extrema fragilidade para a classe trabalhadora. Quem ganha com esse resultado é a classe empregadora, que passa a ver cada vez menos a presença do sindicato no fronte para reivindicar direitos, lutar pela continuidade das garantias, pleitear ações judiciais de qualidade e representar o(a) trabalhador(a).

Referências

- BARBAGELATA, Hector Hugo. **A evolução do pensamento do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012
- BENEDETTO, Roberto Di. **Revendendo mais de 70 anos em menos de 7 meses**: a tramitação da reforma trabalhista do governo Temer. In: Espaço Jurídico: Journal of Law, ISSN 1519-5899, ISSN-e 2179-7943, Vol. 18, N^o. 2 (maio/ago. 2017), 2017, págs. 545-568. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6179700>>. Acesso em: 01. De out. 2019.
- CASSAR, V. B.. **Limites da Liberdade Individual na Relação de Trabalho e Reforma Trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 83, p. 285-301, 2017, Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/109939/2017_cassar_volia_limites_liberdade.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 de out. de 2019.
- CARTA CAPITAL. **Reforma Trabalhista faz Brasil entrar na lista 'lista suja' da OIT novamente**. São Paulo: 11 de jun. de 2019. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/mundo/reforma-trabalhista-faz-brasil-entrar-na-lista-suja-da-oit-novamente/>>. Acesso em: 01 de out. de 2019
- CAZZETTA, Giovanni. **Intervenção do Estado e liberdade contratual entre os séculos XIX e XX**. In (226on G.S. Siqueira; R.M. Fonseca) História do Direito Privado, Belo Horizonte, Anaes, 2015.

DIMENSÕES críticas da Reforma Trabalhista no Brasil. Org: José Dari Krein; Denis Maracci Gimenez; Anselmo Luis dos Santos. Campinas, SP: Curt Nimuendajá, 2018.

GRAVAS, Douglas. **Seis meses após reforma trabalhista, arrecadação de sindicatos desaba 88%.** São Paulo: 04 de jun. de 2018. Disponível em <227on-se://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2018/06/04/seis-meses-apos-reforma-trabalhista-arrecadacao-de-sindicatos-desaba-88.htm>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **O fim da contribuição sindical obrigatória:** a crônica de uma morte anunciada, in DALLEGRAVE NETO, José Affonso; KAJOTA, Ernani (Coord). Reforma Trabalhista ponto a ponto. São Paulo: Ltr, 2017.

KREIN, José Dari. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva:** 227onsequências da reforma trabalhista. Tempo soc., São Paulo, v. 30, n. 1, p. 77-104, Abril 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So103-20702018000100077&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

MACHADO, Sidnei. **A noção de subordinação jurídica:** uma perspectiva reconstrutiva. São Paulo: LTr, 2009.

PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula nº 277 do tribunal superior do trabalho.** Revista TST, Brasília, vol. 76, nº 2, abr/jun 2010. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/14079/003_pessoa_pamplonafilho.pdf?sequence=5>. Acesso em 01 de out. de 2019.

PORTO, Lorena Vasconcelos. **Temas da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista):** à luz das normas internacionais. Brasília: Gráfica Movimento, 2018.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Alterações do contrato de trabalho:** função e local. São Paulo: LTr, 2001.

SILVA, F. **Impactos da Refoma Trabalhista na dispensa coletiva de trabalhadores.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 23, n. 1, p. 77-99, 27 jun. 2019. Disponível em: <<https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/292>>. Acesso em: 01 de out. 2019

STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. In: Supremo Tribunal Federal, Brasília: 29 de jun. de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>>. Acesso em: 01 de out. de 2019.

TRINDADE, Rodrigo. **Função social do contrato de emprego**. São Paulo: LTr, 2008.

Aposentadoria especial e a nova reforma da previdência

Eduarda Santos Raineri
Nathália Douradinho Lopes

1. Introdução

A Previdência Social, por meio de suas prestações e serviços, existe para proteger os trabalhadores, demais segurados e seus dependentes da perda da capacidade de trabalho ou de fonte de subsistência. Tem por objetivo principal a proteção dos seus segurados dos riscos de manutenção e sobrevivência digna.

Com a evolução do trabalho, principalmente a partir da Revolução Industrial, passaram a existir atividades que causam certa degeneração mais acelerada da capacidade de labor do homem. Destarte, surge a preocupação social e a necessidade de medidas para a proteção dos trabalhadores acometidos por situações de labor especial, ligadas a trabalhos perigosos, insalubres e penosos, uma vez que estes, de forma alguma poderiam ser protegidos da mesma maneira que aqueles que trabalham em situações comuns e não agressivas à saúde.

Dentre os benefícios existentes para alcançar os objetivos da previdência social, criou-se a modalidade de aposentadoria denominada “especial”, objeto do presente trabalho. A aposentadoria especial conta com características próprias e sofreu sucessivas alterações legislativas, com o decorrer do tempo, sem nunca perder o caráter inerente de proteção ao trabalhador exposto a atividades nocivas.

A previdência social tem justamente um caráter mais amplo do que a simples operação de soma dos segurados (ativos e inativos) e o argumento do sacrifício do indivíduo em prol da coletividade não pode servir para prejudicar o que se incorporou dia a dia com o sacrifício do trabalhador.

Contudo, em fevereiro de 2019, o governo em exercício apresentou a PEC nº 06/2019, que dispõe acerca de diversas mudanças nas regras atuais e de acesso a benefícios previdenciários, dentre eles, a aposentadoria especial. Logo, o objetivo deste estudo foi analisar o contexto histórico em que foi criada a aposentadoria especial e sua necessidade, adiante, a proposta de emenda constitucional nº 06/2019, bem como as possíveis consequências que acarretará ao segurado, com o objetivo de demonstrar que as modificações trazidas pelo texto da reforma, desviam o propósito pelo qual foi criada a modalidade de aposentadoria especial em detrimento de objetivos econômicos.

Para isto, o artigo se divide em cinco tópicos. O primeiro trata-se de um breve histórico sobre o instituto da aposentadoria especial, para, no capítulo seguinte analisar-se os princípios que permeiam o benefício. Após, o terceiro apresenta objetivamente as alterações trazidas pela proposta, e, na sequência traçou-se um panorama acerca dos possíveis impactos trazidos pela reforma.

2. Definição e histórico da aposentadoria especial

O benefício de aposentadoria especial foi instituído pela primeira vez no ordenamento jurídico através da Lei Orgânica da Previdência Social (Lei nº 3.807/60) doravante chamada pela abreviatura LOPS:

Art. 22. As prestações asseguradas pela previdência social consistem em benefícios e serviços, a saber:

d) aposentadoria especial;

Os requisitos para obtenção do benefício eram o tempo mínimo do trabalho nocivo, a idade mínima de 50 anos, a carência de 180 contribuições e a qualidade de segurado.

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

§ 1º A aposentadoria especial consistirá numa renda mensal calculada na forma do § 4º do art. 27, aplicando-se-lhe, outrossim o disposto no § 1º do art. 20.

§ 2º Reger-se-á pela respectiva legislação especial a aposentadoria dos aeronautas e a dos jornalistas profissionais.

Desde sua incipiente promulgação até a contemporaneidade, a Lei nº 3.807/60 sofreu diversas alterações no que tange à aposentadoria especial, sem nunca perder o caráter inerente de proteção ao trabalhador.

Desta forma, sua finalidade sempre foi de resguardar o trabalhador que realize atividades exposto a agentes nocivos à saúde, justamente para que o segurado tenha sua integridade física preservada, permanecendo o menor tempo possível na atividade que lhe é prejudicial, e assim, aposentando-se mais cedo que o trabalhador comum.

Na legislação, sua conceituação englobava os conceitos trabalhistas de insalubridade, periculosidade e penosidade, permitindo, em síntese, duas hipóteses de concessão: pela categoria profissional e pela submissão a agentes nocivos.

Assim, de acordo com João Batista Lazzari (2017, p. 638) o enquadramento de uma atividade como especial se dava conforme a categoria profissional a que pertencia o segurado, quando presumia a lei, de forma absoluta, a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas, ou o caráter especial do trabalho decorria da efetiva exposição aos agentes

nocivos arrolados na legislação, independentemente da atividade ou profissão exercida pelo segurado.

A primeira norma a regulamentar as atividades denominadas especiais (art. 31 da LOPS) foi o Decreto nº 53.831/64. Naquela oportunidade fora criado um quadro anexo, que relacionou os agentes químicos, físicos e biológicos, bem como os serviços e atividades profissionais cujo exercício dava direito à aposentadoria especial. O rol de agentes nocivos não era exaustivo, mas meramente exemplificativo.

Posteriormente, a Lei nº 5.440-A/68 alterou o artigo 31 da LOPS e aposentadoria especial deixou de ter o requisito da idade mínima.

Já a Lei 5.890/73 alterou vários dispositivos da referida legislação, e, principalmente, reduziu a carência de 180 contribuições para somente 5 anos (60 meses).

O Decreto nº 83.080/79 trouxe ao mundo jurídico nova relação de agentes nocivos e de atividades cuja a especialidade era presumida. Posteriormente, a Lei nº 6.887/80 introduziu no Direito Previdenciário a sistemática da conversão de tempo especial em comum.

Buscava-se, desta forma, proteger o trabalhador que alterna períodos de atividade especial com outros de atividade comum. Nesses casos, os períodos de atividade consideradas especial seriam computadas com um peso maior, mediante a aplicação de um fator de conversão.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, aposentadoria especial passou a ser prevista constitucionalmente:

A Constituição de 1988 avançou na proteção social, criando um sistema de seguridade social. O constituinte originário conhecedor das diferenças laborais existentes estabeleceu, no corpo da norma maior, a redução de tempo de serviço para a concessão de aposentadoria para aqueles segurados que trabalham em atividades nocivas à saúde humana. Neste momento a aposentadoria especial ganhou caráter constitucional (WEINTRAUB E BERBEL, 2005, p. 24).

Atualmente, a concessão do benefício depende da comprovação pelo segurado do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermi-

tente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

O Plano de Benefício da Previdência Social, Lei nº 8.213/91, dispôs sobre a aposentadoria especial nos artigos 57 e 58, posteriormente modificados pelas Leis nº 9.032/95 e 9.732/98, que contam com redação atual:

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo.

Destaca que, a partir da alteração de 1995, a concessão da aposentadoria especial depende de comprovação pelo segurado do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

Ainda, deve o segurado comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

Podemos observar que a Lei 9.032/95 foi um marco importante dentre as mudanças ocorridas na aposentadoria especial. Não bastava mais o segurado comprovar a atividade especial, ele teria que demonstrar que o desempenho não era realizado de forma ocasional ou intermitente, o tempo trabalhado e a exposição aos agentes nocivos, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício:

Art. 57, §3º: § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente,

em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.

§ 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

Mais tarde, editou-se o Decreto 3.048/99 que se encontra em vigência. A aposentadoria especial é tratada nos seus artigos 64 a 70. Com o referido decreto, foi revogado o Decreto 2.172/97, repetindo a mesma lista de agentes agressivos, a saber: O Anexo IV.

Da análise da trajetória da aposentadoria especial na legislação brasileira, observa-se que a configuração atual que dá direito ao segurado à concessão da aposentadoria especial, deve preencher os seguintes requisitos: Exercer atividade cuja habitualidade lhe traga consequências a saúde, com tempo reduzido para 15, 20 ou 25 anos, com carência de 180 (cento e oitenta) contribuições mensais, com Renda Média Inicial (RMI) de 100% (cem por cento) do salário benefício de acordo com os artigos 57, § 1º da Lei de Benefícios Previdenciários e 67 do Decreto 3.048/99.

3. Princípios que permeiam a aposentadoria especial

Os princípios são vetores que orientam, suportam e limitam as atividades dos operadores do direito. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2000, p.747-48).

O artigo 194 da Constituição Federal expõe os princípios primordiais que regem a seguridade social, sendo eles:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (BRASIL, 1988).

Ao analisarmos sumariamente os princípios relacionados acima, é imprescindível compreender que todo e qualquer benefício – assistencial ou previdenciário, deve indiscutivelmente respeitar os princípios relacionados nos incisos do artigo 194. Balera ensina sobre o tema:

O cumprimento da universalidade da cobertura e do atendimento, cume dos princípios fundamentais da seguridade social (art. 194, parágrafo único, I, da Constituição), com a conseqüente concretização da justiça social em nossa pátria, está inscrito na ossatura própria do Estado Social de Direito, Estado que se organiza em função da pessoa e que quer conferir a todos uma existência digna (BALERA, 2006, p. 16).

A Carta Magna se limita a descrever objetivamente os princípios que pautam a seguridade social. A fim de melhor compreendê-los e o seu papel perante a aposentadoria especial, cumpre conceituar cada um deles.

3.1 Universalidade da cobertura e do atendimento

Tal princípio diz respeito ao direito à seguridade social, para garantir dignidade a todos que vivem no território nacional, sem exclusões, conforme Maria Ferreira dos Santos (2011, p. 38). O princípio da universalidade da cobertura e do atendimento traduz a ideologia por trás do Direito previdenciário brasileiro, revelando seu caráter social.

Ao analisar o referido princípio estendem-se duas possíveis interpretações, ambas igualmente aplicáveis, quais sejam: A universalidade da cobertura de todo e qualquer risco social, e a universalidade do atendimento de todos os indivíduos.

3.2 Uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais

O referido princípio quer dizer que os trabalhadores urbanos e rurais terão sempre o mesmo plano de proteção social, ou seja, as prestações pagas a ambas as classes trabalhadoras devem ser proporcionalmente equivalentes. Isso não significa que o valor da renda mensal será igual para ambos, para os mesmos benefícios, uma vez que o cálculo do valor dos benefícios se relaciona diretamente com o custeio da seguridade.

Tal equivalência se restringe à proporção utilizada, pois o tratamento aos trabalhadores urbanos e rurais deve ser igualitário e sem qualquer distinção, sendo a igualdade uma premissa básica para a seguridade social.

3.3 Seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços

De acordo com este princípio, os serviços da seguridade social devem ser distribuído aos que mais necessitam. Deste modo, a função do princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços é selecionar os riscos sociais e as demandas mais urgentes a serem selecionadas prioritariamente, de acordo com cada caso concreto.

3.4 Irredutibilidade do valor dos benefícios

Segundo o próprio nome já diz sabe-se que não se pode reduzir os valores dos benefícios previdenciários. Entretanto, deve-se compreender que os benefícios da seguridade social são reajustados segundo o Índice

Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), promovido anualmente pelo Instituto Nacional de Geografia e Estatística (IBGE, portanto, o valor real não será necessariamente o valor nominal.

Isso significa que, exceto para os casos cuja renda mensal inicial é o salário mínimo, o valor dos benefícios se defasa ao logo do tempo e, como consequência, os cidadãos beneficiários da seguridade social têm seu poder aquisitivo diminuído ao longo dos anos.

3.5 Equidade na forma de participação no custeio

O princípio da equidade na forma de participação no custeio está diretamente ligado ao princípio tributário da capacidade contributiva previsto no art. 145 §1º com a seguinte redação:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. (BRASIL, 1988).

Isso quer dizer que a participação no custeio será proporcionalmente menor para a parte que tem menos condições, e por outro lado, o tributo será maior àqueles que detém maior rendimento. Trata-se, portanto, de uma adequação do referido princípio à esfera previdenciária.

Cumprе ressaltar, aliás, que o aludido princípio de equidade na forma de participação no custeio aplica-se apenas à previdência social, não abarcando a assistência social, por exemplo.

3.6 Diversidade da base de financiamento

A fim de evitar o ônus excessivo aos contribuintes, é necessário que o custeio da seguridade social seja dividido de forma solidária, uma vez que tal encargo não é uma obrigação somente do Estado.

Em suma, o princípio da diversidade da base de financiamento tem por escopo principal a distribuição solidária entre o poder público, empregadores, e trabalhadores do ônus de custeio da seguridade social.

3.7 Caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa

Tal princípio traduz-se no fato de que a gestão administrativa da seguridade social se dará de forma quadripartite, ou seja, pelo poder público, empregadores, trabalhadores e aposentados, a fim de proporcionar aos contribuintes a gestão administrativa e tomada de decisões. Estes são devidamente representados por meio do Conselho Nacional da Previdência Social, Conselho Nacional de Saúde e Conselho Nacional de Assistência Social.

No que tange ao caráter democrático da gestão, quer dizer que as decisões são tomadas pelos referidos órgãos colegiados com votos de igual valor. O caráter descentralizado, por sua vez, diz respeito à execução indireta, uma vez que os serviços são realizados por pessoas jurídicas, e não por entes federativos (Neto e Torres, 2015, p. 444).

4. Alterações trazidas pela PEC nº 06/2019

Analisados os princípios que regem o instituto estudado, destaca-se que os mesmos existem para que o Estado se organize em função do indivíduo, de forma a conferir-lhe existência digna. As reformas legislativas existem para alterar normas de forma a adequá-las a realidade do cidadão brasileiro, de forma que, o direito não permaneça engessado com o passar do tempo.

Apresentada com a proposta de promover uma série de mudanças no sistema previdenciário brasileiro, a reforma da Previdência, não respeitou os princípios elencados acima. Inicialmente observa-se que as principais alterações para a aposentadoria especial foram três, quais sejam: o estabelecimento de uma idade mínima para a aposentadoria, a

criação de um sistema de pontuação para o período de transição, e o fim da possibilidade de conversão do período trabalhado de forma especial na aposentadoria por tempo de contribuição.

Ainda, a regra que prevê a idade mínima não é exclusiva para a aposentadoria especial e fará com que as pessoas se aposentem com 65 anos se forem homens e 62 se mulheres, no mínimo. De acordo com a proposta, haverá uma correção dessas idades mínimas conforme a evolução da expectativa de vida do brasileiro. Dessa forma, com o passar do tempo, caso a expectativa de vida do brasileiro aumente, a idade mínima para a aposentadoria, também irá aumentar.

Além disso, o segurado que atualmente se aposenta pela regra da aposentadoria especial recebe 100% do salário de contribuição. Com a reforma, a regra passa a ser a mesma prevista para as outras aposentadorias, a saber: 60% (sessenta por cento) da média salarial mais 2% (dois por cento) a cada ano que exceder 20 anos de contribuição.

O governo prevê também uma mudança no acesso a aposentadoria especial. Com a reforma, ela seguirá o esquema de pontos. Torna-se necessário preencher os requisitos necessários e alcançar a soma de tempo de contribuição e idade para ter direito ao benefício, para atividade especial de 15 anos de contribuição, ter no mínimo 55 anos de idade; para atividade especial de 20 anos de contribuição, ter 58 anos de idade; para atividade especial de 25 anos de contribuição, 60 anos de idade.

Ainda, a partir de 2020 será acrescido 1 ponto sempre que houver aumento de seis meses na expectativa de vida do brasileiro até os 65 anos.

Explica que, as atividades que exigem 15, 20 ou 25 anos de tempo de contribuição, são classificadas conforme sua prejudicialidade. Algumas atividades são mais prejudiciais e, portanto, tem um tempo mínimo de contribuição menor.

Por exemplo, trabalhos em mineração subterrâneas, em frentes de produção com exposição à associação de agentes físicos, químicos ou biológicos contam com tempo mínimo de atividade de 15 anos. Trabalhos com exposição ao amianto e trabalhos em mineração subterrânea, mas

afastados das frentes de produção com exposição à associação de agentes físicos, químicos ou biológicos, 20 anos. E para os demais casos de exposição a agentes nocivos, 25 anos.

Assim, através da exibição das atividades nocivas, entende-se o porquê da necessidade de proteger um trabalhador que permaneça em condições nocivas. O trabalhador mineiro por exemplo, passa semanas sem ver a luz do sol.

Contudo, ao elaborar a proposta, legislador ignora o limite de tempo que pode um trabalhador permanecer exposto a tais condições e prevê, que, no caso das atividades que exigem 25 anos de tempo de contribuição, somente poderão se aposentar com este tipo de benefício homens e mulheres que atingirem os 86 pontos.

Os referidos pontos são contabilizados pela soma da idade e do tempo de serviço, não podendo o tempo ser inferior ao mínimo previsto. Na prática, será preciso ter pelo menos 61 anos de idade. Destaca-se ainda que, não obstante o previsto, na regra de pontos, será acrescido um ponto por ano a partir da vigência da lei, até chegar aos 99 pontos.

Salienta que o esquema de pontos vale tanto para o cálculo da aposentadoria especial quanto para a aposentadoria comum. Para chegar ao valor mínimo de 86 pontos, o segurado deve somar a idade com o tempo de contribuição. A partir de 2020, haverá o aumento de um ponto por ano.

Deste modo, ter-se-ia que: profissões cujo tempo de contribuição é de 15 se iniciariam em 66 pontos, até chegar a 89 pontos; profissões cujo tempo de contribuição é de 20 se iniciariam em 66 pontos, até chegar a 93 pontos; profissões cujo tempo de contribuição é de 25 se iniciariam em 66 pontos, até chegar a 99 pontos.

5. Possíveis impactos

No que diz respeito aos impactos trazidos pelas alterações descritas, é possível pressupor que na prática a aposentadoria especial deixará de

existir. Apesar de permanecer positivada, a modalidade não fará mais coerência.

Isso porque, com a implementação da idade mínima, o trabalhador exposto a agentes nocivos terá de continuar trabalhando, ainda que cumpra o tempo exigido, porém, não terá atingido a idade. Conforme já exposto, é improvável que o trabalhador, espontaneamente, deixe o emprego, ou, a função que executou por anos.

É dever do Estado zelar pela saúde do trabalhador e, no caso da aposentadoria especial, deveria oferecer os trabalhadores da perda da capacidade de trabalho ou de fonte de subsistência, Mendes (2017) explica:

O Estado é responsável por dar ao povo condições mínimas de existência, funcionando como garantidor da dignidade do ser humano. O poder de oferecer a segurança necessária se apresenta de diversas formas, sempre com a característica de organizador social (Mendes, 2017).

Assim, verifica-se que com o novo regramento, o Estado se escusa de sua responsabilidade ao praticamente desconstituir a modalidade hoje disponível aos trabalhadores que exercem atividades sob exposição permanente a agentes nocivos, principalmente se considerarmos o caráter compensatório que justifica a sua existência. Afinal, não foi por caridade que a Previdência criou uma modalidade especial.

A vantagem de poder se aposentar mais cedo, com benefício integral e sem incidência do fator previdenciário é concedido em reconhecimento aos altos riscos à saúde presentes no dia a dia desses profissionais. Infelizmente, esse diferencial ficará no passado junto com a modalidade de aposentadoria especial que conhecemos.

Assim, na prática, a previsão da idade mínima tira a vantagem do tempo reduzido. Conforme já exposto, em situação hipotética, além dos 25 anos de contribuição, o trabalhador deverá obrigatoriamente completar XX anos de idade para ter direito ao benefício. Um profissional que

começou a exercer a atividade com 20 anos e contribuiu de forma ininterrupta como segurado especial, hoje poderia se aposentar com 45 anos.

Além do impacto trazido pela imposição da idade mínima, o trabalhador ainda terá de enfrentar uma nova regra de cálculo. Isso porque, após aprovada a PEC o cálculo de benefício da aposentadoria especial será o mesmo proposto para todas as demais modalidades. Ele partirá dos 60% da média salarial de todas as contribuições, com acréscimo de 2% a cada ano que exceder o tempo mínimo de contribuição, que será de 20 anos.

Difícil não considerar um retrocesso, visto que a adoção do cálculo geral nos processos especiais descaracteriza o propósito do benefício, que é de bonificar trabalhadores submetidos a condições insalubres. Isso fará com que segurados especiais acabem se aposentando no mesmo tempo exigido pela regra comum.

Não obstante, para atividades especiais cujo tempo mínimo é de 15 anos, o acréscimo de 2% ao ano no valor do benefício vai contar a partir de 15 anos de atividade especial para homens e mulheres.

Ainda na exposição dos impactos, ressalta que a bonificação da conversão de tempo será extinta pela PEC nº 06/2019. Na legislação atual o trabalhador exerceu atividade especial e comum, em períodos alternados, é possível realizar a conversão do período insalubre em tempo comum, para que assim possa ser realizada a contagem. Esse processo garante um acréscimo de 20% para as mulheres e 40% para os homens no tempo convertido. É uma opção muito vantajosa para quem não conseguirá completar o tempo de aposentadoria especial, já que amplia consideravelmente o tempo de contribuição comum.

Ainda que a conversão do tempo especial em comum elimine as vantagens da Aposentadoria Especial, o processo antecipa consideravelmente o acesso à aposentadoria por tempo de contribuição, que exige 35 anos para homens e 30 para mulheres.

Se aprovada a Reforma Previdenciária, a bonificação do tempo de exercício de atividade especial quando convertido em tempo comum será

extinta. Importante ressaltar que o trabalhador que exerceu atividade insalubre antes da publicação da PEC tem direito a conversão pela regra vigente.

Quanto a aposentadoria especial para atividades perigosas, atualmente, concedida somente no âmbito judicial, a reforma prevê que não existirá o benefício aos trabalhadores que exercem tais atividades. O benefício ficará restrito apenas àqueles que atuam sob exposição frequente a agentes nocivos. Vigilantes e eletricitas, por exemplo, exercem atividades perigosas e não insalubres, portanto, não terão mais direito ao benefício especial.

6. Conclusão

Em razão do exposto, é possível inferir que o governo ao apresentar as alterações relativas a aposentadoria especial na PEC nº 06/2019, desvaloriza o direito dos trabalhadores que expõem a saúde de se aposentarem mais cedo, visto que, em muitos casos, a pessoa que trabalha exposta a agente nocivo irá se aposentar no mesmo tempo que na regra comum.

Verificou-se brevemente através do presente estudo que, ao longo da história, buscou-se a proteção do trabalhador que dispense toda sua vida laborativa exposto a condições insalubres, penosas ou perigosas. E, o texto reformador apresenta-se de forma contrária ao dificultar o acesso ao benefício.

Ressalta que a criação da aposentadoria especial decorre da necessidade de prevenir a perda acelerada da capacidade laborativa em razão de trabalho prestado em condições nocivas à saúde, da mesma forma que se criou a aposentadoria por idade para o risco da idade avançada, bem como a aposentadoria por tempo de contribuição para o risco físico ocasionado pelo tempo.

Dessa forma, conclui-se que é indubitável a necessidade de proteção aos trabalhadores que laboram em atividades nocivas, dado que a nocivi-

dade causa desgaste físico acelerado da capacidade laborativa. De forma que o tratamento diferenciado é pressuposto para isonomia entre as diversas categorias de segurados pertencentes ao regime geral.

Contudo, apesar da evidente necessidade de tutela específica aos trabalhadores abrangidos pelo presente estudo, verifica-se no texto e no discurso dos responsáveis pela elaboração da reforma – em especial o atual ministro da economia Paulo Guedes e o presidente em exercício Jair Bolsonaro, que o objetivo principal da reforma é “tirar o Brasil da crise”.

Nesse sentido, importante destacar que o pretexto de que a previdência é de caráter solidário não pode ser invocado para prejudicar os beneficiários. Essa situação não contribui para uma sociedade justa e solidária quando se invoca a alegação da solidariedade contra o indivíduo.

Observou que todo o discurso sustentado pelos governantes responsáveis pela elaboração e aprovação da PEC nº 06/2019 giram em torno da economia e não se discutiu, em momento algum, acerca da proteção ao trabalhador ou à vida humana.

E, ainda, que os principais afetados pelo texto não foram sequer ouvidos e considerados. Considera-se primordial que diante de uma mudança substancial como a discutida, exista uma pluralidade de visões de todos grupos da sociedade. Contudo, relativamente ao benefício estudado, não se analisou o caráter protetivo, razão pela qual o benefício existe. Mas, somente buscou-se adequá-lo as novas regras, que por sua vez, foram criadas exclusivamente visando a economia.

Através do estudo, pode-se verificar a necessidade de que diante de mudança das regras de acesso ao benefício da aposentadoria especial, seja observada a razão de sua existência, de forma que mantenha a proteção aos trabalhadores que exerçam atividades nocivas à saúde.

Portanto, quando se fala em assistência e previdência deve-se considerar o ser humano como fim em si mesmo e, não como um meio para determinado fim ou para alcançar uma vantagem maior. Não obstante, a nova reforma da previdência não possui ênfase em inclusão ou justiça

social, mas, deposita a ênfase nos números e no quanto busca-se economizar, utilizando-se do trabalhador como artigo de economia. Por tudo isso, há que se registrar que, ao mirar somente nos números, o governo perdeu o limite de até onde se pode ir e de até onde pode-se reduzir a proteção do ser humano, em detrimento do capital.

Referências

BALERA, Wagner. Sistema de Seguridade Social. 4. ed. São Paulo. LTr, 2006. p. 16.

BERBEL, Fábio Lopes Vilela. Manual de Aposentadoria Especial. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm . Acesso em: 22 jul. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefício da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18213cons.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.

CMP ADVOCACIA (São Paulo) (Org.). Mudanças na Aposentadoria Especial – Reforma da Previdência 2019. 2019. Disponível em: <<https://cmpprev.com.br/blog/mudancas-na-aposentadoria-especial/>>. Acesso em: 20 set. 2019

FREITAS, Felipe Simor de. Breve análise da evolução legislativa das normas de Direito Previdenciário sobre o reconhecimento do tempo de serviço especial. ConteudoJuridico, Brasília-DF: 22 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49099&seo=1>>. Acesso em: 07 maio 2019.

LAZZARI, João Batista. Aposentadoria Especial: Estudo Técnico e Apreciação Judicial. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007.

MARTELLO, Alexandro. Previdência virou um 'buraco negro fiscal' e economia está no 'fundo do poço', diz Paulo Guedes. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/05/14/previdencia-virou-um-buraco-negro-fiscal-que-ameaca-engolir-o-brasil-diz-paulo-guedes.ghtml>>. Acesso em: 14 maio 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDES, Moroni Vieira. A intervenção do Estado nas relações trabalhistas: Uma análise da atividade do magistrado trabalhista. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/55224/a-intervencao-do-estado-nas-relacoes-trabalhistas-uma-analise-da-atividade-do-magistrado-trabalhista>>. Acesso em: 25 set. 2019.

NETO, Fernando Ferreira Baltar; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito Administrativo. 5ª Ed. Salvador: Saraiva, 2015.

Novas organizações do trabalho: contextualização do teletrabalho e o tratamento dado pela legislação brasileira em relação as suas especificidades

Henrique Posser Martins

1. Introdução

A presente pesquisa busca entender a regulamentação dada pela Reforma Trabalhista à modalidade do teletrabalho e de que maneira é influenciada pelo contexto socioeconômico de crise estrutural do Capital, momento em que há desindustrialização e expansão dos setores terciários e quaternários.

O ponto de partida é a insatisfação com as explicações comuns presentes no âmbito acadêmico de que houve uma mudança substancial nas relações sociais e de trabalho em razão da suposta predominância do uso de instrumentos telecomunicacionais e informacionais e declínio do setor industrial. Tais leituras não abrangem as condições materiais que impulsionam tais mudanças.

Assim, para analisar esse fenômeno, buscou-se amparo no campo da sociologia do trabalho. Em especial a literatura que aponta as diferenças entre as maneiras de organização do trabalho, por exemplo: taylorismo/fordismo e o toyotismo. Procura-se destacar os traços singulares do toyotismo frente ao capitalismo globalizado; em um segundo momento chega ao tratamento dado ao teletrabalho na legislação celetis-

ta e se está em consonância com as múltiplas possibilidades exploradas em diversos países.

Destarte, a pesquisa partirá da premissa geral do teletrabalho, por meio de seu contexto histórico, definições, estatísticas até chegar à conclusão sobre as consequências da positivação do regime de teletrabalho no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, confrontou-se as características do regime de acumulação flexível com a maneira com que o teletrabalho foi regulamentado, assim como os dispositivos da Reforma Trabalhista que normatizaram a referida modalidade.

2. Novas organizações do trabalho: contextualização do teletrabalho e o tratamento dado pela legislação brasileira em relação as suas especificidades

O trabalho ocupa papel central na vida dos seres humanos, trata-se de uma característica que nos diferencia das outras espécies de seres vivos, posto que ao modificar a natureza o ser humano conseguiu criar ferramentas que serviram para aprimorar a caça, auxiliar no desenvolvimento da agricultura, dentre outros. Tratando-se do modo de produção capitalista, o trabalho exerce um duplo papel, que permite que modifiquemos a natureza e transformá-la em mercadoria, ao mesmo tempo que a força de trabalho é entendida como uma mercadoria passível de atribuição de valores (MARX, 2017, p. 119-122).

Isto posto, ao longo do modo de produção capitalista houve maneiras de organizar o trabalho. Por exemplo, durante a Segunda Revolução Industrial, diante da necessidade de aumento da produção e diminuição de custos, surge como reflexo o desenvolvimento do taylorismo/fordismo - organização de trabalho que primava pelo controle do tempo de trabalho (em menor tempo e grande quantidade), pela fragmentação do trabalho, pela existência de um grande número de operários na mesma empresa (prevalência da coletividade) - tal processo de trabalho predominou até as décadas de 60 e 70 (ANTUNES, 2015, p. 35)

É a partir de 1973, diante do crescente uso de novas tecnologias que simplificaram o processo produtivo e geraram um excedente da força de trabalho, que iniciou o processo de superacumulação responsável pela transformação de um panorama cíclico em estrutural. Isto é, a natureza cíclica das crises anteriores era explicada pela capacidade do sistema em superá-la, através de readequações em seu modo de produção. Contudo, o caráter estrutural desvenda a incapacidade do modo de produção capitalista em dominá-la, posto que as fontes energéticas são esgotáveis e o capitalismo é definido pelo consumo através da constante circulação de mercadorias amparadas na exploração do homem pelo homem, que também é visto como mercadoria (MÉSZÁROS, 2011, p. 17).

A crise de superacumulação desvendou a incapacidade do capitalismo em manter um ritmo de produção que atendesse as expectativas do setor industrial ao mesmo tempo que mantivesse o alto padrão de consumo sem que houvesse um esgotamento do meio-ambiente. Para atender a esse problema, as empresas – que comumente utilizavam o processo do taylorismo/fordismo – começaram a importar características do toyotismo e demais regimes de acumulação flexível, que pode ser entendido da seguinte maneira: um regime que preza pela subcontratação, empregos temporários, precarizados, terceirizados, atividades autônomas, que geralmente não possuem vínculo estável com a empresa (HARVEY, 1992, p. 178-179).

Utiliza-se como exemplo o toyotismo (Ohnismo) que encerra grande parte das características do regime de acumulação flexível, pois garante uma produção conduzida pela demanda, variada e diversificada pronta para suprir as necessidades de consumo, além disso garante o menor tempo possível de produção com controle de qualidade. Nesse processo o operário trabalha com várias máquinas (polivalência) e como a produção é flexível é também necessário que sejam flexibilizados os direitos trabalhistas (ANTUNES, 2015, p. 47).

Diante do exposto, percebe-se uma tendência (inter) nacional à diminuição dos trabalhadores industriais e o aumento da massa de

trabalhadores no setor de serviços (BRASIL, 2016), assim como a expansão do desemprego estrutural (OECD, 2019). Contudo, os setores de serviço, comunicação e informação estão amparados na acumulação de capital gerada pelo setor industrial (KURZ, 1992, p. 209), portanto, - diante da desindustrialização e a aumento do setor de serviços, de informação e comunicação -os setores terciário e quaternário passam a exercer a função de absorção dos trabalhadores desempregados (CARVALHO, 2004, p. 35).

É nesse contexto socioeconômico que a crescente preferência pelo uso de teletrabalho em determinadas áreas é justificado, em razão da viabilidade de flexibilização do trabalho. Ou seja, através da possibilidade de vínculos informais com empresas diversas, extensão da jornada de trabalho com ausência de custo de infraestrutura para a empresa, por fim, o teletrabalho se encaixa em um mundo desindustrializado.

2.1 O teletrabalho na era da acumulação flexível

Para entender a adequação do teletrabalho à acumulação flexível, é necessário apresentar as características gerais (materiais) dessa modalidade e posteriormente a sua definição legal ao redor do globo e em específico no Brasil, através da reforma trabalhista (Lei 13.467/2017). Iniciando pelos aspectos básicos: a distância física do local de trabalho do empregado em relação ao estabelecimento do empregador e o uso de TICs são dois elementos centrais na definição do regime de teletrabalho, haja vista que para caracterizá-lo o trabalhador labora fora da sede da empresa - podendo estar em seu domicílio ou em outro lugar -, assim como necessita utilizar equipamentos eletrônicos, a exemplo de smartphones, notebooks, tablets e computadores de mesa.

Esses elementos culminam em diversas modalidades de teletrabalho, consoante classificação apresentada por Hoffman (2017, p. 237):

(a) *home office*, labor prestado no domicílio do trabalhador;

(b) telecottage, prestado em estabelecimento, geralmente construído por iniciativa da Administração Pública e/ou da comunidade a fim de facilitar o acesso à tecnologia e treinamento da comunidade local, sendo que o local é de uso comunitário e permite o uso de por várias pessoas com vínculos distintos de empresas. Essa modalidade é mais usual em países da Europa e Japão;

(c) em escritórios satélites, onde uma empresa decide realocar a fase informacional de sua atividade para um local separado do seu estabelecimento. Essa modalidade é passível de críticas ao ser enquadrada como teletrabalho, em razão da ausência de um real distanciamento do trabalhador em relação à organização da empresa;

(d) em telecentros, ou seja, em locais abertos ao público que podem atender a demanda do teletrabalho, pois proporciona o acesso às TICs, contudo podem relacionar-se com a iniciativa privada, pertencendo ou não à empresa;

(e) *mobile telework*, onde o teletrabalhador não estabelece um local fixo para trabalhar, usufruindo de diversos lugares, ora na residência, ora em telecentros, etc.

De outra banda, as maneiras de teletrabalhar podem ser agrupadas em gêneros mais abrangentes como: locativo, que define a modalidade através da localidade em que é realizado o teletrabalho, por exemplo, o home office que possui a sua especificidade decorrente do local de prestação de serviço ser o domicílio do empregado, ainda que possam ser realizados em domicílio, em telecentros, sem local fixo, em países distintos. Outro gênero é o temporal, que conceitua a categoria por intermédio da quantidade de tempo despendido fora da empresa, que pode ser permanente quando 90% do trabalho é exercido fora da sede da empresa, alternado sempre que o trabalho é exercido 90% no mesmo local e complementar à medida que o teletrabalho é frequente, mas não é diário; comunicativo, se conectado ou não com a internet. (CAVALCANTE, 2018, p. 319-320).

Em relação à natureza jurídica do teletrabalho, define-se o regime de teletrabalho pela realidade enfrentada pelo trabalhador – nesse momento não se discute a formalidade -, que irá estabelecer o vínculo do teletrabalhador com a empresa ou pessoa. Nesse âmbito, têm-se o teletrabalhador terceirizado, quando o empregador que o contrato é o

prestador de serviços da empresa tomadora de serviços e há o teletrabalhador autônomo que não possui vínculo empregatício, ou seja, não está subordinado ao empregador.

Convém ressaltar que a discussão sobre a subordinação refletirá no âmbito previdenciário e trabalhista, pois é um dos elementos centrais para o reconhecimento do vínculo empregatício, que poderá exigir o recolhimento de verbas previdenciárias e demais direitos trabalhistas. Entretanto, a questão da subordinação encontra um desafio diante do teletrabalho que permite maior autonomia, porquanto há possibilidade de ausência de contato pessoal com o superior hierárquico:

[...] acaba criando a nova tecnologia, uma nova forma de subordinação, pois o empregado pode até não ficar subordinado diretamente ao empregador, mas indiretamente. Passa a existir uma telessubordinação ou parassubordinação, como já se verifica na Itália em relação a trabalhadores autônomos. Na telessubordinação, há subordinação à distância, uma subordinação mais tênue do que a normal. (MARTINS, 2001, p. 352).

Portanto, vislumbra-se que o conceito de subordinação clássica usado como regra no direito juslaboral – oriundo de um contexto histórico em que predominava a racionalidade do fordismo – passou a enfrentar dificuldades para assimilar as mudanças sobrevindas no mundo do trabalho derivadas do crescente uso de TICs, assim, a subordinação clássica que exigia a figura de um empregador dando ordens constantes pessoalmente ao empregado não encontra amparo no mundo fático no momento em que se discute o emprego de ferramentas telemáticas e informacionais.

Desta forma, a subordinação deve ser concebida em seu caráter estrutural, que exige a inclusão do trabalhador na dinâmica da empresa para qual presta serviços, a título de exemplo, uma pessoa contratada para ser revendedora de certa empresa e é promovida a executiva de vendas, tornando-se responsável pelo recrutamento e gerenciamento das revendedoras que indicava. A despeito da trabalhadora ser apenas revendedora e, posteriormente, responsável pela arrematação de outras,

sem que houvesse o recebimento de ordens direta da empresa que fornecia o produto para a revenda houve o acolhimento da dinâmica operativa da empresa (BRASIL, 2013).

Esses arranjos que o teletrabalho permite - através de distintas possibilidades - apresentam seu caráter particular que desafia a ordem jurídica vigente. Ao exigir respostas mais específicas e condizentes com outra forma de processo de trabalho e fazem com que os dois polos da relação trabalhista encarem benefícios e malefícios. Por esse motivo subsistem vantagens e desvantagens ao trabalhador e ao empregador.

No tocante às vantagens que o trabalhador experimenta destacam-se aquelas relacionadas ao deslocamento casa-trabalho, que evitam o estresse com o trânsito ou uso do transporte público, que podem acrescentar 2 horas no tempo despendido em relação à jornada de trabalho (MARCHIORI, 2015). Assim como, é permitida uma maior autonomia para executar o trabalho, enquanto o controle do tempo ou pela ausência da presença física de outras pessoas (colegas ou superiores hierárquicos); sendo o ponto principal é a oportunidade que a ausência de um local fixo garante ao teletrabalhador, que pode realizar o trabalho em qualquer região que tenha acesso às TICs, facultando ao empregado maior tempo junto a sua família, bem como a participação em cursos. (ILAESE, 2018, p. 4-5)

Contudo, o teletrabalho pode gerar um isolamento social devido à ausência de contato com colegas de trabalho, que podem ou não ser do mesmo setor. Tal desvantagem pode ocasionar um impacto na saúde mental e culminar em casos de transtornos depressivos, de ansiedade, dentre outros (FONSECA; PÉREZ-NEBRA, 2012, p. 314). Ademais, há os riscos ergonômicos, posto que a fiscalização por parte da empresa geralmente será destinada a produtividade, caso não haja um cuidado na escolha do arranjo físico (posição da mesa, bancada, cadeira, visor).

Existe a possibilidade de risco à segurança de informações trocadas entre o trabalhador e a empresa, posto que “não é possível ao empregador resguardar o acesso às informações estejam em outros locais fora da

empresa. Isso poderá representar um acesso não autorizado aos segredos técnicos, comerciais e industriais do empregador e de clientes”. (CAVALCANTE; NETO, 2019, p. 116).

Além disso, podem ocorrer conflitos familiares decorrentes da dificuldade de separar o ambiente de trabalho e o ambiente de convívio social, lazer e descanso. Nesse sentido destaca-se o relato de uma autônoma que empreendia através de teletrabalho e viu a sua relação com o filho ser afetada:

Tem hora que o trabalho incha o saco [...] sinto falta de tempo para meu filho... acordar cedo, começar a trabalhar cedo e dormir tarde porque ficamos até tarde conversando sobre trabalho. Uma criança tem horários. Si fico me sentindo mal pelo trabalho evito ficar perto do meu filho, faço mal a ele. Mas quando você começa a trabalhar fica fixado, precisa terminar, cumprir o prazo... si não termina no tem o dinheiro [...] nosso relacionamento esfriou. Quando está trabalhando no computador e eu me acerco buscando carinho ele pega minha mão para que o acaricie... a ele... eu fico chateada... eu preciso desse carinho... mas ele quer que eu dê e ele não dá. (BATISTA; CODÓ, 2011, p. 414-415)

Outro ponto fundamental a ser analisado na discussão sobre as (des)vantagens do teletrabalho é a questão de gênero. Porquanto na relação entre Capital, Estado e Trabalho a divisão sexual do trabalho ocupou o papel de catalisador da acumulação capitalista ao utilizar a parte não remunerada do trabalho (FEDERICI, 2017, p. 232).

Biroli (2014, p. 114) materializa a maneira como a divisão sexual do trabalho se expressa nos relacionamentos heterossexuais, seja da classe média ou pobre, mas sempre em relação às trabalhadoras:

Na experiência das mulheres de classe média [...] é da mulher que, ao casar-se ou ter filhos, opta por não mais exercer trabalho remunerado, ativando a divisão sexual convencional do trabalho. Assim fazendo, torna-se dependente financeiramente do cônjuge ou de outros familiares, tem suas redes e suas aptidões não domésticas e/ou profissionais diminuídas, [...] A divisão sexual do trabalho no âmbito doméstico, juntamente com a baixa oferta de serviços como creches, reduz ainda mais as opções e o tempo livre

das mulheres pobres e negras, ou seja, o pertencimento a grupo social, a partir de um aspecto determinado da identidade dos indivíduos, não define isoladamente sua posição. [...].

A fim de mitigar esses efeitos característicos de um modo de produção capitalista, a OIT em Resolução Relativa à Promoção da Igualdade Entre Homens e Mulheres, à Igualdade de Remuneração e Proteção da Maternidade - na seção 2, alínea “a” - orienta aos países a adoção de medidas que levem em conta as questões de gênero a fim de promover a igualdade de oportunidades e acesso à educação, que as empresas assegurem um ambiente de trabalho sadio e seguro, assegurar que os aspectos relativos a gênero estejam presentes tanto ao se regulamentar o mercado de trabalho. Da mesma maneira a CF/88 garante nos incisos XX e XXX, respectivamente “a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei” e a “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”.

Apesar disso, a realidade caminha em sentido contrário, em que pese a legislação antidiscriminatória que exige uma igualdade salarial e um comportamento ativo do empregador para que estabeleça um meio ambiente de trabalho sadio e promotor da igualdade de oportunidades. Visto que

[...] boa parte dos direitos de conciliação familiar, como as reduções de jornadas ou permissões são desvirtuadas ao se teletrabalhar, pois a presença da mãe em casa costuma ser confundida pelos membros da família com a ideia de que a atividade realizada por ela não é trabalho, ou seja, constata-se um menoscabo do trabalho exercido (STOLZ; FORTALEZA, 2018, p. 150).

Por último, em que pese o teletrabalho garanta autonomia ao trabalhador - por não existir controle de jornada -, há um lado negativo que é a possibilidade do teletrabalhar exceder o limite de 8 horas diárias da jornada de trabalho em razão da ausência de divisão entre ambiente de trabalho e domicílio, entre momento de trabalho e lazer. A última des-

vantagem mencionada pode ser tomada como exemplo apurado da consonância do teletrabalho com a acumulação flexível, posto que há o uso de um trabalhador para a realização de um serviço que exige uma carga horária que poderia ser dividida entre duas pessoas ou mais.

Assim, depreende-se do exposto que as vantagens que o teletrabalho proporciona a algumas empresas reside, no ganho de produtividade diante da ausência de interrupções, diminuição no absentismo em decorrência da ausência do estresse gerado pelo deslocamento, redução de faltas por motivos de saúde.

Outros pontos, como a redução de custos - a depender do modo como realizada a contratação - é um atrativo para a empresa, que não precisará gastar com a manutenção de um espaço. Além disso, têm relevância outras questões relacionadas a infraestrutura, como manutenção da rede elétrica, gasto com água, segurança, limpeza, dentre outros. Ainda, há um aumento na competitividade e abertura a novos mercados, pois há uma facilidade de contratação de trabalhadores que por questões territoriais estaria inviabilizada, assim como negócios podem ser fechados de acordo com o trabalho a ser realizado (OLIVEIRA JÚNIOR, 2013, p. 26)

Entretanto, a divisão internacional do trabalho impõe um recorte socioeconômico ao comparar o uso de teletrabalho no âmbito internacional, dado que a globalização remanejou polos industriais oriundos de países europeus e dos EUA para países em desenvolvimento que mantiveram uma relação de dependência econômica em virtude da importação dos bens tecnológicos. Enquanto na Europa há um maior uso e acesso a TICs, em países do sul social o cenário é outro, pois a divisão internacional do trabalho fez com que as indústrias de transformação, manufaturas, extração, etc. fossem transferidas aos países ricos em matriz energética e que possibilitassem o uso de mão-de-obra barata, por exemplo, os países Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul que formam o BRICS.

Observou-se que os países escandinavos possuem uma maior incidência de teletrabalho, nas três modalidades apresentadas: regular, sem

lugar fixo e ocasional. Outros países do norte social também possuem uma porcentagem parecida à média dos países europeus, pois nos EUA a incidência chega a 20% e no Japão a 16%. Entretanto é necessário observar a tendência e a incidência de teletrabalho em países em desenvolvimento, como Argentina, que possui 1,6% de seus trabalhadores exercendo algum tipo de teletrabalho, frisa-se que o Brasil não está presente no relatório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) por ausência de pesquisas que forneçam dados suficientes para a elaboração de uma estatística confiável (EUROFOUND, 2017, p. 16).

Verifica-se que o uso de teletrabalho está associado a uma jornada de trabalho mais extensa que os trabalhadores comuns, em que pese algumas variáveis devam ser levadas em consideração, como idade, país, profissão e setor em que trabalha (EUROFOUND, 2017, p. 22), o que corrobora a literatura que discute teletrabalho acerca das desvantagens ao trabalhador. O teletrabalho está em consonância com um cenário de acumulação flexível que exige: atendimento específico de demanda, trabalhadores polivalentes, flexibilidade na contratação diante da precarização do trabalho (empregos terceirizados, prestação de serviço como autônomo, temporário), facilidade para despedida do empregado, dentre outras características.

Neste sentido cabe averiguar o tratamento dado pela legislação brasileira ao tema.

2.2 Teletrabalho e a sua evolução histórico-jurídica no Brasil até o advento da lei 13.467/2017 (reforma trabalhista)

É importante realizar um recorte histórico que evidencie a evolução jurídica do direito do trabalho, desde o início do período republicano brasileiro até a última grande alteração legislativa proporcionada pela publicação da Lei 13.467/2017 (a reforma trabalhista). Julga-se impreterível a realização de tal resgate histórico uma vez que o teletrabalho é uma das espécies de prestação de serviço reconhecida no ordenamento

jurídico trabalhista brasileiro. Isto posto, a interpretação das regras estabelecidas para o regime de teletrabalho deve obedecer aos princípios e normas justralhistas.

No início da República o contrato de trabalho era regido pelo código civilista e tratado como prestação de serviços, de tal maneira que os preceitos liberais de autonomia da vontade e igualdade formal regiam as relações de trabalho da época. Nesse cenário era possível encontrar crianças trabalhando em condições adversas e numa jornada de até nove horas por dia, da mesma maneira que para os operários - com maioria civil - era possível encontra-los em uma jornada de trabalho de até 12 horas, com diversos danos à saúde mental e física do trabalhador (MORAES, 1905, p. 81-90).

Entretanto, a população imigrante de origem europeia - em especial, italianos e espanhóis -, trouxeram ideias socialistas, anarquistas e sindicalistas, devido a uma parcela dos imigrantes estar envolvida na construção desses movimentos que começaram a ser divulgadas no Brasil. Tal fenômeno culminou no fortalecimento da organização dos trabalhadores brasileiros, que começaram a lutar por mais direitos nas relações com o empregador. Destaca-se a greve de 1903 que foi considerada a primeira greve geral ocorrida em território brasileiro (VIANA, 2013, p. 36-38).

Desde então, a relação entre Capital e Trabalho passou a ter mais interferência por parte do Estado, através da instituição de regras mínimas a serem seguidas no âmbito laboral ou pelo fortalecimento dos programas de seguridade social (aposentadoria, seguro obrigatório para acidentes de trabalho, etc.).

O assentamento de um Estado Social culminou na publicação da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) - através do Decreto-lei 5.452, de 1º de maio, de 1943 - que em seus 922 artigos iniciais previram as normas atinentes ao direito individual, coletivo, processual e fiscalizatório. À vista disso, estabeleceu-se a autonomia do direito do trabalho perante outras áreas do direito, o que não necessariamente importa na

exclusão da interdependência do direito trabalhista com outras matérias jurídicas.

Entretanto, a lógica presente na CLT e nas alterações que sobrevieram ainda estava atrelada ao mundo do trabalho fabril pautado por ideias fordistas, essa lógica estava em consonância com o estágio de desenvolvimento tardio brasileiro que contava com um setor industrial dependente do restante dos países desenvolvidos.

É a partir da década de 1990, com um governo neoliberal que realiza a abertura do mercado brasileiro – facilitando a importação de produtos das telecomunicações e informáticos, como celular e computadores – e a criação de órgãos brasileiros para difundir o uso da internet, como, a Rede Nacional de Pesquisa (RNP), pelo Ministério da Ciência e Tecnologia, que começa a ser popularizado o uso da *world wide web* no Brasil. Sem embargo, ainda não havia um uso considerável pela população brasileira. E somente em 2011 foi publicada a Lei 12.551 que modificou o art. 6 da CLT e regulamentou o trabalho exercido por meio de TICs e realizado ao equipará-lo à subordinação jurídica clássica. Contudo, até 2014, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) não refletia as discussões sobre teletrabalho que ocorriam na literatura pátria e estrangeira:

[...] basta analisarmos a jurisprudência do colendo Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema: utilizando a expressão teletrabalho, encontramos na base de dados daquela colenda Corte tão somente 73 julgados, que datam de 2004 a 2014. O mais antigo data de 13/10/2004, publicado no Diário da Justiça de 12/11/2004; o mais recente, de 5/11/2014, publicado no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho de 7/11/2014. Assim, temos na base de dados do colendo Tribunal Superior do Trabalho uma média de 7,3 julgados por ano, ou de 0,6 por mês, o que indica não termos sequer um julgamento por mês em matéria trabalhista. Temos ainda o agravante de que nem todos os julgamentos são especificamente sobre teletrabalho e apenas trazem esse tema para complementar os temas que foram efetivo objeto de análise, como a terceirização e a atuação do representante comercial autônomo, além de outros que, embora sobre teletrabalho, não enfrentaram o tema diretamente. Esses dados mostram um alerta e preocupação, tendo em vista que compete

ao colendo Tribunal Superior do Trabalho a pacificação da jurisprudência trabalhista nacional, por mandamento constitucional. (ZWICKER, 2014, p. 175-176)

Tal fato pode significar a dificuldade do TST em compreender a discussão atinente ao teletrabalho, assim como a ausência - na realidade socioeconômica brasileira - de uma ocorrência significativa no uso de teletrabalho pelos trabalhadores e empregadores. Em todo o caso, a discussão sobre o tema estava restrita ao reconhecimento do vínculo empregatício decorrente da subordinação jurídica, sem que houvesse a discussão sobre as demais particularidades do teletrabalho e suas consequências.

Somente em 2017, fora proposto o projeto de lei n. 6.787/2016 (PL 6.787/2016), conhecido por reforma trabalhista, sob o argumento de modernização da legislação trabalhista para se adequar às transformações nos processos de trabalho e, assim, garantir a segurança jurídica e empregos formais. Grifa-se que a propositura do PL 6.787/2016 está inserida em um contexto de ruptura do processo democrático diante de um impeachment ilegítimo. Ainda, a aprovação do PL convertido na Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista) ocorreu em um lapso temporal de 7 meses (com recesso parlamentar), sem que houvesse o necessário diálogo para construção de significativa reforma que alterou 200 dispositivos do diploma laboral. As críticas sobre o processo legislativo que culminou na reforma são resumidas por Jorge Luiz Souto Maior e Bruno Gilga Sperb Rocha (2017, p. 27-28)

está dada também pelo desrespeito ao fundamento básico do processo legislativo específico da legislação do trabalho, estabelecido internacionalmente desde a criação da própria OIT (Organização Internacional do Trabalho, criada no Tratado de Versalhes, em 1919), que é o do diálogo social (atuação tripartite, com participação de representantes dos Estados, dos empresários e dos trabalhadores). Destaque-se que mesmo a OIT já se manifestou expressamente a respeito, reafirmando, neste aspecto, a ilegitimidade da 'reforma'. Por fim, a lei em questão também não possui legitimidade porque fere os princípios constitucionais da prevalência dos Direitos Humanos, da progres-

sividade (melhoria da condição social dos trabalhadores) e da função social da livre iniciativa, da propriedade e da economia, com vistas à construção da justiça social. Princípios reconhecidos formalmente pela Constituição Federal de 1988, mas rasgados cotidianamente pelo Estado e pela classe dominante.

Entretanto, setores que representam os empregadores, como a Confederação Nacional das Indústrias, entendem que a reforma trabalhista obedeceu às regras nacionais e internacionais ao não extinguir quaisquer direitos trabalhistas previstos na CF/88 e que respeita os interesses dos atores sociais envolvidas - trabalhadores, empregadores e sociedade como um todo (OIT, 2018). É nesse contexto de disputa política que a reforma trabalhista adveio.

No que tange ao teletrabalho, a Lei 13.467/2017 destinou um capítulo específico para o regime de teletrabalho, o capítulo II-A entre os arts. 75-A e 75-E, que estabeleceu diretrizes para a contratação do teletrabalhador, requisitos de transferência do regime presencial ao de teletrabalho, fiscalização das normas de segurança e higiene do ambiente de trabalho, da responsabilidade sobre aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos utilizados. Também no art. 62, III da CLT, excluiu os teletrabalhadores da abrangência do capítulo celetista que estabelece normas para a jornada de trabalho, por exemplo, limitação da jornada diária de 8 horas previstas na CF e o exercício do controle de jornada. E no art. 75-B definiu o teletrabalho.

Frisa-se na redação do referido artigo a expressão “preponderantemente fora das dependências do empregador”, que denota a exclusão do teletrabalho realizado em modalidade alternada (90% do trabalho é realizado na sede da empresa) ou suplementar (frequente, mas não diário), entretanto o parágrafo único permite que o empregado compareça às dependências da empresa. Verifica-se uma provável necessidade de definição jurisprudencial ou avaliação do caso concreto, em virtude do uso do advérbio “preponderantemente” invés de “habitualmente” utilizado no Código do Trabalho de Portugal (DE ALMEIDA, KROST, 2018, p. 36).

Ademais, a Lei 13.467/2017, entendendo que o exercício do teletrabalho não possui compatibilidade com o controle de jornada, inseriu o teletrabalho como uma das hipóteses de exclusão do capítulo da duração do trabalho, ao lado dos empregados que exercem atividade externa (como, vendedores, representantes comerciais), os gerentes que exerçam cargos de gestão, equiparados os diretores e chefes de departamento ou filial (por exemplo, gerente bancário). Tal situação está prevista no artigo 62, e seus incisos da CLT, pertencentes ao capítulo sobre duração do trabalho e jornada de trabalho, que foi limitada a oito horas diárias, consoante art. 58 da CLT, e art. 7º, XIII da CF/88.

Essa opção legislativa gerou debate na doutrina, porquanto alguns autores entendem que o regime de teletrabalho não é incompatível, per se, com a fiscalização da jornada de trabalho, que é a justificativa para a exclusão das outras hipóteses limitação e controle da duração do trabalho, gerando uma presunção *juris tantum* (FINCATO, 2018, p. 59). Outros identificam que o teletrabalho, pelo contrário, permite uma maior fiscalização da produtividade e horários realizados pelo trabalhador, (MIZIARA, 2018, p. 70-72).

Frisa-se que a duração do trabalho é importante para discutir o trabalho, tanto pelas reivindicações históricas que podem ser observadas logo acima, que culminaram na publicação da convenção n. 1 da OIT que estabeleceu a duração de trabalho de 8 horas por dia e 48 semanais, quanto em razão da sua importância no processo de trabalho e valorização deslindado por Marx (2017, p. 272-274). Além disso, o art. 4º da CLT considera: “como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada”. O resultado prático na aplicação literal do art. 62, III resultará na ausência de obrigação da empresa em indenizar o operário caso ele ultrapasse a jornada de 8 horas diárias estabelecidas na CF/88.

O ordenamento juslaboral exige a constatação expressa do regime de teletrabalho, portanto, o contrato deverá ser escrito, ao contrário dos

demais regimes, assim como é permitido – com concordância de ambas as partes contratantes – a alteração entre regime presencial e de teletrabalho, sendo possível a alteração unilateral do regime de teletrabalho para presencial por parte do empregador, desde que respeitado o prazo de quinze dias.

Quanto às normas de higiene e segurança do trabalhador, assim como a fiscalização por parte do empregador, o art. 75-E transfere a responsabilidade pelo cumprimento das instruções fornecidas pelo empregador em relação à prevenção de doenças e acidentes de trabalho. Exige-se do empregador somente a instrução expressa e ostensiva dos cuidados necessários.

Em suma, a Reforma Trabalhista delimitou que o teletrabalho é realizado preponderantemente fora das dependências do empregador (matriz ou filial), não se encaixa nas hipóteses de delimitação da duração de trabalho, somente pode ser decidida por meio de contrato formal. Também a alteração do regime presencial para teletrabalho depende da anuência de ambos os lados, exceto se a situação for contrária onde é cabível a decisão unilateral do empregador.

Outrossim, as medidas para manter uma boa ambiência laboral estão resumidas à orientação ostensiva e a transferência da responsabilidade por sua execução ao empregado. O que indica um descompasso entre a legislação e a realidade, pois consoante visto o teletrabalho garante um aumento na possibilidade de fiscalização e controle da jornada de trabalho, assim como uma possível ocorrência de lesões ergonômicas e danos à saúde mental.

Frisa-se que ao teletrabalhador não é excepcionado nenhum dos direitos fundamentais ou humanos, apenas lhe é destacada uma nova forma de organização do trabalho. A OIT tem como princípio fundamental o tratamento de que o trabalho não deve ser considerado mercadoria.

Da mesma maneira que o art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) garante a todo ser humano direito à repouso e educação, “inclusive à limitação razoável das horas de trabalho e férias

periódicas remuneradas”, o art. 157 da CLT está em consonância com a diretriz estabelecida pela OIT, pois define como competência da empresa o fazer cumprir as normas de segurança e higiene, assim como instruir os empregados. Fincato (2017) questiona sobre a maneira em que será realizada a fiscalização sobre o meio ambiente de trabalho, e ao referir sobre o art. 75-E celetista, destaca que o dever de instrução do empregador ao empregado vai além de meras orientações genéricas e estáticas e conclui:

[...] que, de tempos em tempos, deva o empregador realizar alguma inspeção do ambiente laboral, assim como deva se precaver dos acidentes e doenças laborais decorrentes, prevendo e registrando atitudes necessárias nesse sentido [...] (p. 63)

De maneira geral em relação à reforma trabalhista e a introdução do tema teletrabalho no ordenamento jurídico, o Parecer n. 24/2017 sobre o Projeto de Lei da Câmara n. 28, de 2017 que foi transformado na Lei 13.467/2017, a comissão de assuntos econômicos - na figura do relator Senador Ricardo Ferraço - entendeu que as alterações relacionadas ao teletrabalho são salutares em razão da característica dessa modalidade em permitir que o trabalhador passe mais tempo em casa sem precisar gastar tempo e energia no trânsito (BRASIL, 2017, p. 50).

Contudo, a reforma trabalhista participa de um contexto socioeconômico em que há um retrocesso de garantias trabalhistas. Esse retrocesso busca atender as pressões exercidas pelo Capital - cujo objetivo é manter a taxa de lucro através da diminuição dos custos relacionados à mão-de-obra, assim como contornar o problema da crise estrutural de decréscimo na acumulação primitiva (SOUTO MAIOR, SEVERO, 2017, p. 57)

Assim, entende-se que a reforma trabalhista alterou e inseriu pontos que afetam direta ou indiretamente a proteção à saúde do teletrabalhador com possíveis consequências na seara previdenciária, mormente nas causas de afastamento do trabalhador da empresa. Por-

tanto, é imprescindível analisar a relação entre saúde e trabalho com enfoque no teletrabalhador a fim de estimar consequências nas regras previdenciárias.

3. Conclusão

Verificou-se que o teletrabalho está em consonância com um cenário de acumulação flexível que exige: atendimento específico de demanda, trabalhadores polivalentes, flexibilidade na contratação diante da precarização do trabalho (empregos terceirizados, prestação de serviço como autônomo, temporário), facilidade para despedida do empregado, dentre outras características.

Além disso, o que o uso de teletrabalho está associado a uma jornada de trabalho mais extensa que os trabalhadores comuns, em que pese algumas variáveis devam ser levadas em conta, como idade, país, profissão e setor em que trabalha, o que corrobora a literatura que discute teletrabalho acerca das desvantagens ao trabalhador.

Por último, o teletrabalho não é apenas produto das inovações tecnológicas, mas também é reflexo da incapacidade que o sistema capitalista possui em lidar com a crise estrutural pela qual passa, e assim, busca através da flexibilização dos direitos trabalhistas, garantir que seja mantido o mesmo volume de trabalho, por menor número de trabalhadores, e com diminuição dos custos relacionados à infraestrutura, o que é permitido ao longo dos artigos inseridos e modificados pela Reforma Trabalhista.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **Adeus ao trabalho?** Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2015.

BATISTA Analía Soria; CODO, Wanderley. O Trabalho e o Tempo. *In*: JACQUES, M. D. G.; CODO, W. (Coord.) **Saúde Mental & Trabalho**: leituras. Petrópolis, RJ; Vozes, 2011, p. 401-420.

BRASIL. **Decreto n. 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 09/06/2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 227, de 15 de junho, de 2016.** Regulamenta o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_227_15062016_17062016161058.pdf>. Acesso em 19/11/2018.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios:** Síntese de Indicadores 2015, Coordenação de Trabalho e Rendimento. - Rio de Janeiro: IBGE, 2016.108p. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2015/default_sintese.shtm. Acesso em: 29 maio 2019.

CARELLI, Rodrigo. O Teletrabalho. In SOUTO, Jorge Luiz (Coord.); SEVERO, Valdete Souto (Coord.) **Resistência: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista.** São Paulo: Expressão Popular, 2017. p. 327-334.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. A Tecnologia, o Teletrabalho e a Reforma Trabalhista. In: TUPINAMBÁ, C.; GOMES, F. R. (Coord.). **A Reforma Trabalhista: o impacto nas relações de trabalho.** Belo Horizonte; Fórum, 2018, p. 313-330.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; NETO, Francisco Ferreira Jorge. A Tecnológica, o Teletrabalho e a Reforma Trabalhista. **Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região,** Curitiba, v. 8, n. 75, p. 112-124, fev. 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/152291>. Acesso em: 26 maio 2019.

EUROFOUND AND THE INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. **Working Anytime, Anywhere: the effects on the world of work.** Geneva, 2017.

FINCATO, Denise Pires; MORAES, Sandro Glasenapp. Proteção previdenciária do teletrabalhador no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário,** Porto Alegre, v. 4, n. 22, p. 54-65, ago./set. 2014. <http://www.lex.com.br/doutrina_26782063_PROTECAO_PREVIDENCIARIA_DO_TELETRABALHADOR_NO_BRASIL.aspx>. Acesso em 19/11/2018.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. **Revista Magister de Direito do Trabalho**, ano XIV, n. 82, p. 51-65. jan./fev. 2018.

FONSECA, Regina Lúcia de Almeida; PÉREZ-NEBRA, Amália Raquel. A Epidemiologia do Teletrabalhador: impactos do teletrabalho na saúde mental. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, [S. L.], ano 2012, v. 15, n. 2, 2012. DOI 10.11606. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/270644255_A_epidemiologia_do_teletrabalhador_impactos_do_teletrabalho_na_saude_mental>. Acesso em: 11 abr. 2019.

HOFFMAN, Fernando. O Teletrabalho e a Nova Competência da Justiça do Trabalho: um desafio aos direitos material e processual do trabalho. In: COLNAGO, L. M.; CHAVES JR.; J. E. R.; ESTRADA, M. M. P. (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo; LTr, 2017, p. 231-252.

INSTITUTO LATINO-AMERICANO DE ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (ILAESE). O Teletrabalho no Serviço Público: o lobo na pele de cordeiro. **SINDSEF - SP**, São Paulo, agosto 2018. Disponível em: <http://ilaese.org.br/wp-content/uploads/2018/09/artigo-teletrabalho.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

KURZ, Robert. O Colapso da Modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial. São Paulo: Paz e Terra, 1992.

LESSA, Sérgio. Trabalhador Coletivo no Livro I de O Capital. **Revista Crítica Marxista**, [S. l.], n. 32, p. 85-106, 2011. Disponível em: <https://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/artigo234artigo4.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MARCHIORI, Raphael. "Curitiba e região perdem 3,3% do PIB com deslocamento casa-trabalho-casa" Leia mais em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/curitiba-e-regiao-perdem-33-dopib-com-deslocamento-casa-trabalho-casa-3sutaiygs6mq5boxlubrr7x2/> Copyright © 2019, Gazeta do Povo. Todos os direitos reservados. Curitiba, 18 set. 2015. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/curitiba-e-regiao-perdem-33-dopib-com-deslocamento-casa-trabalho-casa-3sutaiygs6mq5boxlubrr7x2/>. Acesso em: 18 maio 2019.

MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política, Livro 1: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. 2 ed. São Paulo. Boitempo, 2017.

MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital**. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Boitempo, 2011.

OECD (2019). **Unemployment rate (indicator)**. DOI: 10.1787/997c8750-em. Disponível em: <<https://data.oecd.org/unemp/unemployment-rate.htm>>. Acesso em 07 mai. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Individual Case (CAS) - Discussion: 2018**: Publication: 107th ILC session. [S. l.: s. n.], 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13101:0::NO::P13101_COMMENT_ID:3953283. Acesso em: 8 jun. 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Jessé de Souza. **Teletrabalho: vantagens e desvantagens para indivíduos, organizações e sociedade**. Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo – USP, 2013. Trabalho de conclusão de curso (MBA Gestão Estratégica a Distância). Disponível: https://social.stoa.usp.br/articles/0028/9731/Oliveira_Jr_-_Teletrabalho_-_TCC_-_MBA_USP_GE_T1-2011.pdf. Acesso em 08 junho 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 61, p. 57-92, jul./ago. 2017.

STOLZ, Sheila; FORTEZA, Jesús Lahera, *In*: COLNAGO, L. M; CHAVES JR.; J. E. R.; ESTRADA, M. M. P. (Coord.) **Teletrabalho**. São Paulo; LTr, 2017, p. 135-154.

ZWICKER, Igor de Oliveira. O Teletrabalho e sua Evolução na Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região**, Belo Horizonte, 2. sem. 2014. Disponível em: https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/trt3_revista_90.pdf. Acesso em: 20 maio 2019.

A inconstitucionalidade do Art. 223-g § 1ºCLT da à luz do caso de brumadinho

Giovana Vitória Martins Dota

1. Introdução

Brumadinho é uma cidade do Estado de Minas Gerais, localizada na região metropolitana de Belo Horizonte. No dia 25 de janeiro de 2019, ocorreu o maior desastre socioambiental do Brasil, pois, a barragem de sedimentos tóxicos providos da extração de minérios nº 1 da Mina Córrego do Feijão rompeu nesta cidade, ocasionando a morte de dezenas de pessoas, em sua maioria trabalhadores da empresa Vale S.A. e terceirizados de suas prestadoras de serviços, assim como a destruição da fauna e flora da cidade e das cidades próximas.

Inicialmente, em virtude do rompimento, várias espécies de animais foram mortas e uma grande parte da vegetação que ali ficava foi completamente destruída. Além disso, foi extinta uma enorme quantidade de plantas aquáticas, a própria composição do solo e sua fertilidade e, por fim, mas não menos importante a vasta contaminação do rio Paraopeba. Este rio era utilizado como fonte de subsistência por milhares de pessoas, servindo, portanto como fonte existencial de vida.

Os pescadores que ali realizavam sua atividade, atualmente, estão completamente desamparados e até mesmo a população mais próxima a este rio vêm relatando diversos problemas de saúde, pois, a água está integralmente contaminada. Além de todo o dano causado, como citado

acima, sobre a falta de alimentação e impossibilidade de retomar os meios de subsistência, o dano psicológico afeta a saúde população atingida. Diante do caso, as pessoas impactadas estão presenciando uma sensação maior de insegurança, possuindo dificuldade para se relacionar afetiva e socialmente diante da barbárie que presenciaram. As pessoas que receberam a notícia da morte de algum ente familiar ou amigo estão sob estresse pós traumático, e experienciando outras manifestações psicológicas nas quais padecem o âmago de suas vidas.

Ainda devemos falar do dano àqueles que tinham a sua subsistência através da exploração de alguma forma do rio Paraopeba, sejam os agricultores, pescadores e indígenas. Ambos encontram-se totalmente desamparados, porque perderam o modo de vida.

Este foi um desastre socioambiental alarmante, de grande repercussão jurídica, no qual afeta toda a sociedade, mas principalmente daqueles que vivem na cidade de Brumadinho e em seu entorno.

O presente artigo visa discutir o impacto da tarifação do dano extrapatrimonial, implementado inconstitucionalmente pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que será utilizada no caso dos trabalhadores de Brumadinho. Posteriormente, far-se-á a análise crítica a respeito de aspectos sociológicos concernentes à realidade brasileira no campo do Direito do Trabalho e, de mesma forma, a análise sobre as espécies de dano no Direito brasileiro, evidenciando as mudanças realizadas diante da reforma trabalhista.

Importante destacar uma das metodologias utilizadas para discorrer acerca do tema, na qual foi de extrema importância diante do impacto do incidente, qual seja a visita técnica e acolhida na cidade de Brumadinho/MG no dia 18 de maio de 2019, na qual favoreceu com a profundidade na análise do caso concreto, pois pôde experimentar a dor e luta dos atingidos pela barragem corroborando com a criticidade diante da inconstitucionalidade e aberração jurídica da reparação do dano extrapatrimonial às vítimas.

2. Aspectos sociológicos concernentes ao caso de brumadinho e à realidade brasileira

O Brasil ocupa hoje a posição, de país periférico do capitalismo, tendo em vista conceituação da Divisão Internacional do Trabalho, e nesse sentido, sofre diante das condições de precariedade concernentes à relação de trabalho. Como o Brasil desempenha a reprodução do modelo primário exportador, de matérias-primas denominadas “comodities”, as altas tecnologias que são propriedade dos países centrais da economia global, porque fornecem bens e serviços, nos excluem de um desenvolvimento igualitário que fomente a incrementação da economia interna e, conseqüentemente, de melhores condições socioeconômicas para o povo brasileiro.

Dessa forma, a Divisão Internacional do Trabalho nos dias atuais fomenta a reterritorialização, ou seja, a exploração de outras áreas produtivas de extração de riquezas, como no caso de Brumadinho/MG, no qual demanda uma remuneração ínfima de pagamento aos trabalhadores pela extração de sua força de trabalho. Outro fator imprescindível à análise do caso exposto é a ressignificação técnica da produção capitalista, na qual substitui a força de trabalho humana pela inserção de tecnologias a fim de reduzir o contingente de trabalhadores, sendo que estes que ainda ficarão subsumidos na lógica de produção, terão que aumentar as suas jornadas de trabalho para fomentar e ratificar a maximização da produtividade do capital.

Como consequência a esse epifenômeno do atual estágio de capitalismo financeiro, tratados de proteção aos trabalhadores desenvolvidos pela Organização Internacional do Trabalho, são mitigados e inefetivos (ou como denominados pelos meios de comunicação: “flexibilizados”) com a finalidade de potencializar a acumulação de capital em detrimento à vida dos trabalhadores e do meio ambiente.

Isto posto, outro aspecto sociológico importante à luz do crime de Brumadinho é a caracterização do conceito de “Exército Industrial de

Reserva” explicitado por Karl Marx (2013) alusivo ao modo de produção capitalista. Nesse sentido o autor discorre que:

[...] a população trabalhadora excedente é um produto necessário da acumulação ou do desenvolvimento da riqueza com base capitalista, essa superpopulação se converte, em contrapartida, em alavanca da acumulação capitalista, e até mesmo numa condição de existência do modo de produção capitalista. Ela constitui um exército industrial de reserva disponível, que pertence ao capital de maneira tão absoluta como se ele o tivesse criado por sua própria conta. Ela fornece a suas necessidades variáveis de valorização o material humano sempre pronto para ser explorado, independentemente dos limites do verdadeiro aumento populacional (MARX, 2013, p. 707).

No tocante aos trabalhadores brasileiros, além de sofrerem com a imposição da Divisão Internacional do Trabalho na condição de país periférico, há um imperativo ainda maior do Exército Industrial de Reserva, no qual a massa de trabalhadores são submetidos ao trabalho precário, aos baixíssimos salários e as condições de trabalho degradantes, tendo em vista o caso de Brumadinho, que não só submeteu os trabalhadores ao risco da atividade mas causou a morte destes, de suas famílias, de pessoas estranhas à relação de trabalho e da fauna e da flora presentes no local de deveras riqueza. Em continuidade às exposições de Karl Marx (2013), Coggiola e Katz (1996) enfatizam a consequência dessa economia política perante a massa de laboradores, nesse sentido, disserta:

O atual aumento do desemprego é um processo social, não tecnológico. Vem estimulado pela necessidade capitalista de gerar reservas de desempregados, pressionar em direção do barateamento dos salários, aumentar a taxa de mais-valia e assim restabelecer uma taxa de benefício ascendente de longo prazo. A nova população flutuante, latente e estacionária de homens sem trabalho não é requisito da informática, mas do capital. (COGGIOLA; KATZ, 1996, p. 86).

Após a ressignificação da economia global diante da crise internacional radicalizada em 2008, novas formas de exploração da força de trabalho nos países periféricos vieram à tona. Como abordado neste

artigo, foi a crise do capitalismo global que repôs o exército industrial de reserva para alavancar a reestruturação econômica dos países centrais.

Nesse sentido, a taxaço dos salários, como no caso brasileiro, foram cada vez mais atingindo patamares baixos e redefinindo padrões trabalhistas precarizados em desconformidade com os princípios da proteção do trabalhador e da dignidade da pessoa humana. Esse fato torna por consequência a superposição do salário base dos trabalhadores que, diante da Reforma Trabalhista, servem como base de cálculo para a reparação do dano extrapatrimonial, tendo em vista que o salário mínimo médio é baixo. Portanto, a Reforma Trabalhista além de seu conteúdo inconstitucional, visa instrumentalizar e legitimar as imposições neoliberais de exploração do Capital perante os trabalhadores e a extração de riqueza diante da sua força de trabalho.

3. Espécies de danos e as violações constitucionais decorrentes da análise do artigo 223-g da CLT

O dano moral, denominado extrapatrimonial pela Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), está presente no cotidiano dos trabalhadores bem como da Justiça do Trabalho. Diante da Reforma Trabalhista tem-se uma tarifação do dano moral a partir do salário do ofendido. Isto posto, o dano pode ser compreendido como uma lesão aos atributos da personalidade, atingindo diretamente o princípio fundante da nossa República, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Esta lesão está apta de reparação cível, na forma específica ou por intermédio de alteração em dinheiro. A lesão indenizável é causada contra a pessoa, direta ou indiretamente, tendo como a tutela reparatória constantemente voltada à recuperação do direito pessoal lesado. Quando há um aniquilamento em um bem patrimonial, o devido prejuízo é remetido a uma certa pessoa ou a um grupo, que tem o direito de demandar a respectiva reparação, conforme os demais requisitos da reponsabilidade civil. A reparação cível, recom põe o critério do bem da vida, sendo atingido danos materiais ou

extrapatrimoniais da personalidade. Ou seja, os danos se dividem em patrimoniais, que afetam o patrimônio da vítima, de natureza econômica e extrapatrimoniais, que afetam a vítima de modo subjetivo, ferindo os direitos de personalidade.

São danos morais trabalhistas as ofensas aos atributos físicos, valorativos e psíquicos ou intelectuais decorrentes da relação de trabalho, suscetíveis de gerar padecimentos sentimentais ou ainda como decorrência do uso não autorizado da imagem ou da violação do bom nome da pessoa jurídica e, finalmente, os causados aos valores culturais de certa comunidade.

Dessa forma Maria Helena Diniz (2003) esclarece que:

O direito não repara a dor, a mágoa, o sofrimento ou a angústia, mas apenas aqueles danos que resultarem da privação de um bem sobre o qual o lesado teria interesse reconhecido juridicamente. O lesado pode pleitear uma indenização pecuniária em razão de dano moral, sem pedir um preço para sua dor, mas um lenitivo que atenua, em parte, as consequências do prejuízo sofrido, melhorando seu futuro, superando o déficit acarretado pelo dano.(DINIZ, 2003, p. 85)

No caso que está sendo discutindo, tragédia em Brumadinho, além dos danos discorridos acima, o dano em ricochete, entendido como a violação de direitos de personalidade indireta, encontra-se presente no mesmo evento.

Infere, nesse sentido, que o titular do direito à reparação do dano indireto é o indivíduo que sofre os efeitos da violação em sentido indireto, ou seja, o membro da família que perdeu o ente ou àquele que sofreu consequências diante da ausência do falecido. No entanto, com o advento da nova Reforma Trabalhista esse instituto foi extinto, dessa forma apenas o titular do direito, o trabalhador, poderia pretender judicialmente tal indenização. Assim, a reforma afastou a possibilidade dos demais familiares, atingidos pelos mesmos fatos das quais os efeitos ultrapassem a pessoa do empregado, pudessem ser autores legítimos de ações judiciais trabalhistas nesta perspectiva. Neste cenário, determinou que apenas o

título celetista que disciplina o dano extrapatrimonial, deveria ser observado para a reparação extrapatrimonial no âmbito da Justiça do Trabalho.

Na tragédia tem-se nítido o falecimento de uma pessoa, ação recai sobre a esta pessoa, mas o seu falecimento irá repercutir na vida de outros à volta dele, como filhos, pais, a família, sendo a lesão de dor por perder alguém, dor afetiva, quanto financeira, existindo assim, no mínimo, duas vítimas, a por via direta e a por via reflexiva. Portanto, a restrição da titularidade de requerer a reparação moral violou princípio da dignidade humana, de mesmo modo.

Outras espécies de dano decorrentes do incidente em Brumadinho são os danos morais coletivos e os danos sociais. Discorreremos sobre dano moral coletivo quando há violação a direitos da personalidade em seu aspecto individual homogêneo ou coletivo, situação na qual as vítimas são determinadas ou determináveis. Dessa forma, a indenização é paga à vítima. De acordo com Tartuce (2009), os danos sociais são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de conduta socialmente reprováveis. A exemplo deste dano são as empresas que praticam atos negativos reiteradamente, causando à população padecimento. À vista disso, as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis.

Como discorrido acima, esses danos extrapatrimoniais, que feriram a dignidade humana e o direito da personalidade, são chamados de danos existenciais, ou seja, danos que atingem à pessoa em suas diversas projeções físicas, psíquicas, intelectual e moral. Com a reforma trabalhista (BRASIL, 2017a), em seu artigo 223-A e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, adquiriu um Título II tratando do dano extrapatrimonial, regulamentando que a esses danos somente se aplicam os dispositivos do referido Título, não mais podendo ser utilizado pelo magistrado normas cabíveis ao caso de outras fontes jurídicas. O artigo 223-B, definiu como “causa de dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou

jurídica, as quais são as titularidades exclusivas do direito à reparação.” No artigo 223-G existem doze itens segundo os quais o Juiz, ao apreciar o pedido deve considerar, dentre eles a natureza do bem jurídico tutelado, a intensidade do sofrimento ou da humilhação, superação, reflexos pessoais e sociais, extensão e duração dos efeitos da ofensa, grau de dolo ou culpa, retratação espontânea, esforço para minimizar a ofensa, perdão, situação social e econômica das partes e grau de publicidade da ofensa. Dessa forma o artigo explicita:

Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. (BRASIL, 2017a).

Tal imposição é ilógica pelo fato de a indenização não ser cumulativa, e se, havendo mais de dois lesados como no caso de Brumadinho, uma vez que foram mais de 300 trabalhadores afetados, tais vítimas receberiam indenizações completamente diferentes devido à remuneração de cada um ser distinta. Ora, se o fato gerador é o mesmo, por culpa, negligência, imprudência e imperícia, da empresa não há que se falar em distintas reparações de dano diferentes. Com isso, se analisarmos na prática o que provavelmente irá acontecer com os empregados da Vale S.A. de Brumadinho e trabalhadores terceirizados, de acordo com essa reforma, os trabalhadores que trabalhavam por uma remuneração inferior obterão indenizações menores.

O artigo 223-G da CLT (BRASIL, [2019a]), artigo este inserido pela reforma trabalhista, de mesma forma tarifa o dano de acordo com a natureza da ofensa, ou seja, limita as consequências causadas pela violação entre leve, média, grave e gravíssima. Esta tarifação repreende, evidentemente, a autonomia dos juízes, que não mais poderão analisar o caso concreto, sendo obrigados a estipular o teto da indenização por até cin-

quenta salários. Ademais, o juiz perderá a liberdade de fixar o dano moral que ele entendesse viável, necessário para determinada situação, tendo essa forma de limitação o tabelamento da gravidade e o salário do empregado, violando, assim, a Constituição Federal nas normas que garantem o princípio dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e a isonomia. Depreende-se a partir desta análise, um tratamento discriminatório implementado pela reforma, que garante aos bem remunerados uma condição indenizatória mais benéfica que aquele trabalhador prejudicado devido à remuneração inferior.

Pouco tempo da implementação da Reforma Trabalhista, a Medida Provisória (MP) 808, interposta no dia 14 de novembro de 2017, trouxe modificações em alguns parâmetros em relação a esse dano, melhorando a situação pois havia substituído o salário pelo regime de benefícios do regime geral da Previdência Social, INSS, atribuindo um valor de indenização superior (BRASIL, 2017b). A MP retirava esse preceito valorativo em caso de morte, podendo assim o juiz trabalhista ter sua liberdade no momento de fixar o valor que entendesse como “suficiente”. O legislador ao definir essa discriminação e essa limitação, reprimi-me a atuação do juiz do trabalho que também estaria sendo cerceado no exercício da sua atividade, violando a própria autonomia do Poder Judiciário. Viola ao mesmo tempo a independência funcional do juiz, a isonomia e a dignidade do trabalhador. É evidente que a reforma já começa afrontando, violando, a Constituição.

Analisando sobre a culpa, da responsabilidade civil, pode observar que, além da culpa há um risco potencialmente maior para os outros indivíduos. Na tragédia, esse risco era pelas barragens que, mesmo estando em seus limites, continuavam a ser utilizadas como se disponíveis estivessem causando assim o seu rompimento. Aqui, obteve-se a responsabilidade civil objetiva, situação na qual não é necessário investigar a culpa. Houve neste caso um abuso de direito, de acordo com o artigo 187 do Código Civil. Destarte a norma exprime: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites

impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”(BRASIL, [2019b]).

Assim como ato de terceiro, que devem ser responsabilizados pelos atos ali praticados, de acordo com o artigo 933, do CC. Ainda que houver uma discussão sobre ou não reparar o que é de direito dos trabalhadores falecidos e seus familiares, é evidente a responsabilidade civil da Vale S.A. em reparar esses danos, conforme artigo 927, do CC:

Aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, [2019b]).

Antes da reforma trabalhista, os operadores do Direito, advogados e magistrados, se utilizavam do Direito Civil para analisar as pretensões decorrentes de vulneração aos direitos personalíssimos no âmbito das relações de emprego, adotando, assim, a responsabilização civil. Ao longo do tempo a jurisprudência se consolidou para acatar a teoria da responsabilidade civil subjetiva, devendo ser comprovada a culpa do agente ainda que em seu sentido lato – negligência, imperícia e imprudência. Exceção a esta regra foi para aquelas atividades que são desenvolvidas expondo seus empregados a um risco acentuado pela própria atividade, quando adotada a responsabilização civil objetiva.

A proteção pelos direitos da personalidade, como no caso da taxaço do dano extrapatrimonial, cumpre papel imprescindível a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e de sua ampla tutela. A Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), mais especificadamente o artigo 223-G da CLT (BRASIL, [2019a]), justamente atenta contra o princípio fundante da Constituição da República, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que segrega os indivíduos a fim de receber o direito por dano extrapatrimonial de acordo com o grau de lesão e com o salário dos ofendidos. O artigo 1º da Constituição (BRASIL, [2019c]) é explícito ao dizer:

TÍTULO I - DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

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

Dessa forma, na prática jurisdicional ocorre uma taxação distinta às pessoas que sofreram o mesmo tipo de dano sob as mesmas circunstâncias e efeitos, porém por terem espécies de trabalho e salários diferentes, são segregadas pela Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a) umas às outras. Considere a partir do caso de Brumadinho, em que por exemplo, funcionários do setor de limpeza bem como engenheiros sofreram danos com o rompimento da barragem. Considere hipoteticamente os primeiros recebem R\$ 1.000,00 e os segundos recebem R\$ 10.000,00. Ambos trabalhadores foram atingidos pelo mesmo fato gerador, pelo mesmo autor, sob circunstâncias idênticas, porém recebem indenizações absolutamente diferentes. Tal ofensa é analisada pela ADPF 153 (BRASIL, 2010), tendo como relator o Ministro Eros Grau, de como o princípio da dignidade da pessoa humana é importante em nosso ordenamento jurídico e deve ser efetivado urgentemente pelos operadores do Direito:

STF - A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NÃO TEM PREÇO '(...) a dignidade da pessoa humana precede a Constituição de 1988 e esta não poderia ter sido contrariada, em seu art. 1º, III, anteriormente a sua vigência. (...) Tem razão a arguente ao afirmar que a dignidade não tem preço. As coisas têm preço, as pessoas têm dignidade. A dignidade não tem preço, vale para todos quantos participam do humano. Estamos, todavia, em perigo quando alguém se arroga o direito de tomar o que pertence à dignidade da pessoa humana como um seu valor (valor de quem se arrogue a tanto). É que, então, o valor do humano assume forma na substância e medida de quem o afirme e o pretende impor na qualidade e quantidade em que o mensure. Assim, o valor da dignidade da pessoa humana já não será mais valor do humano, de todos quantos pertencem à humanidade, porém, de quem o proclame, conforme o seu critério particular. Estaremos, então, em perigo, submissos à tirania dos valores. (BRASIL, 2010, ADPF 153).

Esse fato, leva consequentemente à violação expressa da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sem nenhuma hesitação, explícita é a violação ao princípio da isonomia art. 5º, da Constituição (BRASIL, [2019c]), uma vez que é fato gerador para a desigualdade social na conversão da reparação moral dos ofendidos, onde o mesmo bem jurídico lesado de um trabalhador que recebe um salário mínimo, será inferior a lesão de um bem jurídico de um empregado que percebe salário superior. Situação na qual explicita a ideologia que o sujeito com salário menor não possui o mesmo valor, do ponto de vista do capital, de um sujeito que recebe um salário maior. Quanto custará uma vida humana em detrimento de outra?

Advindo da Constituição, o artigo 5º em seus incisos V e X trata do tema da seguinte forma:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.(BRASIL, [2019c]).

O parágrafo primeiro do Artigo 223-G da CLT (BRASIL, [2019a]) de mesma forma viola o princípio da autonomia do Poder Judiciário, uma vez que estabelece parâmetros taxativos à imputação da reparação perante o fato concreto. Diante das discussões geradas pela defesa ou não da inconstitucionalidade desse artigo versa a respeito da afirmação de que não há violação do princípio da autonomia do magistrado.

Viola-se também o exposto nos artigos 7º, XXVIII; 170, VI; e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Título VII: Da Ordem Econômica e Financeira

Capítulo I: Dos princípios gerais da atividade econômica

Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

VI- Defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação. (BRASIL, [2019c]).

Portanto, entende-se absolutamente inconstitucional a redação dada pela nova Reforma Trabalhista acerca do que se refere à reparação por danos extrapatrimoniais pela violação de princípios estruturantes da Constituição da República Federativa do Brasil.

4. Conclusão

Em vista dos argumentos apresentados, entende-se que toda a situação que a população de Brumadinho/MG foi submetida é deveras inquietante, devido à grande extensão do dano e das consequências socioambientais que nunca mais retornarão a ser as mesmas. Neste artigo, foi abordado sobre o dano e suas espécies, elencados no Código Civil de 2002, pois há relação intrínseca como desastre socioambiental de Brumadinho.

Dessa forma, este artigo teve como objetivo demonstrar que a indenização realizada pela mineradora, tomando como base o quantum salarial das vítimas e a limitação da reparação, infringe diversas questões e princípios do Direito, como o princípio da dignidade da pessoa humana e outras tutelas, explicitando os artigos violados e as consequências desenvolvidas pela população.

Dado o exposto, este desastre socioambiental continuará a atingir toda a sociedade por anos e será sempre lembrada como uma grande irresponsabilidade e avidez de gestão de uma mineradora, efeito de um modelo de minério dependência que a nós é imposto pelo Capital, e que mata tanto os cidadãos brasileiros como toda nossa riqueza ambiental.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte [...]. Brasília: Presidência da República, [2019c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5452, de 1 maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Presidência da República [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 26 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 13467 de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho [...]. Brasília: Presidência da República, 2017a. Disponível em:

BRASIL. **Medida Provisória 808 de 14 de novembro de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, CLT, aprovada pelo Decreto Lei n. 5452, de 1 de maio de 1943 (vigência encerrada). Brasília: Presidência da República, 2017b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/ DF. Lei nº 6683/79, a chamada “Lei da Anistia” [...]. Relator: Ministro Eros Grau, 29 abr. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 6 ago. 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, cit., v.1, p. 85).

COGGIOLA, Osvaldo; KATZ, C. **Neoliberalismo ou crise do capital?** São Paulo: Xamã, 1996.

MARX, Karl. A lei geral da acumulação capitalista. *In*: MARX, Karl. **O Capital**: livro Primeiro, vol. II. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1979. p. 712-827.

O STF e o fim da contribuição sindical obrigatória: a argumentação econômica como razão de decidir

Raiça Mara de Camargo Silveira ¹

1. Introdução

Desde que a Lei Ordinária nº 13.467/2017 entrou em vigor, há um grande debate entre os entusiastas do Direito do Trabalho sobre a constitucionalidade de diversos artigos que ora consolidaram, ora derrubaram os entendimentos construídos na doutrina e jurisprudência trabalhista.

Nesse sentido, uma das alterações realizadas pela Reforma Trabalhista resultou no fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, enfraquecendo de forma abrupta o poder de representação dos trabalhadores no atual cenário de constantes ataques a seus direitos fundamentais sociais.

Antes da Reforma Trabalhista, os empregados tinham a contribuição sindical descontada de suas folhas de pagamento no mês de março, na quantia equivalente a um dia de labor da base salarial. A contribuição em favor do sistema sindical se tratava de receita recolhida uma única vez, anualmente, nos meses e montantes fixados na Consolidação das Leis do Trabalho, tanto para empregados, profissionais liberais ou empregadores. Assim, o fato de a incidência da contribuição sindical recair sobre todos os integrantes da categoria, independentemente de eventual associação a um sindicato, a fez ser interpretada por muito tempo como

¹Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: raicamcs@hotmail.com

uma receita de natureza tributária. Por esta razão, a modalidade de custeio sofria rigorosas críticas quanto à suposta agressão aos princípios da liberdade associativa e da autonomia dos sindicatos.

No entanto, ao mesmo tempo em que desajustada dos princípios acima referidos, a obrigatoriedade da contribuição sindical também foi protegida pelo legislador na Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), o que tornou a modificação trazida pela Reforma questionável a respeito de sua constitucionalidade, transformando-a no ponto da Reforma Trabalhista que mais ensejou Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

Dentro desse contexto, o presente trabalho guiou-se por uma abordagem teórica que privilegia os sentidos do Direito Coletivo do Trabalho, configurados por um campo político-jurídico disputado por diferentes atores, para analisar a alteração legislativa que tornou facultativa a contribuição sindical.

Para tanto, a pesquisa realizou uma análise sociojurídica de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade que implicou na legitimidade judicial dessa importante mudança no sistema do Direito Coletivo Brasileiro, por meio da exposição dos argumentos dos ministros da Suprema Corte sobre o tema e sua aproximação ou distanciamento quanto a valores de liberdades individuais apreciadas pelo mercado, em detrimento de valores informados pelos parâmetros de autonomia coletiva enquanto reais recursos de poder dos sindicatos para equalizar as relações de trabalho.

Assim, o primeiro item desse trabalho, por meio de conceitos doutrinários, buscou resgatar os princípios que norteiam a atividade sindical, contextualizando a escolha do constituinte na Carta Magna vigente pela unicidade sindical com a alteração legislativa objeto desse estudo. Na segunda parte, destaca-se o papel da contribuição sindical dentro do financiamento sindical, apontando os reflexos já existentes de sua facultatividade e como isso tem ameaçado o Direito Coletivo do Trabalho. Por fim, foco especial recebeu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794, na qual se fará uma leitura a respeito da sobreposição da

racionalidade econômica que regeu os votos vencedores, declarando constitucional o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical.

Nas considerações finais, é tecida uma crítica sobre como as decisões da Suprema Corte refletem no ordenamento jurídico trabalhista coletivo.

2. Liberdade e autonomia sindical

Com a extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical vieram à tona discussões já existentes num outro momento, criticando a unicidade sindical e pondo em dúvida sua eficácia quanto a verdadeira representatividade dos trabalhadores, dada a realidade das entidades sindicais no Brasil.

Neste passo, importante compreender que a atividade sindical é regida por dois princípios: o da liberdade associativa e sindical e o da autonomia sindical. A liberdade associativa existe no ordenamento jurídico para além de interesses econômicos ou profissionais, consistindo num princípio que assegura a liberdade de reunião e associação pacífica de um grupo de pessoas, unidas por objetivos comuns.

Tratando-se dos sindicatos, o princípio da liberdade associativa encontra respaldo no inciso V do artigo 8º, no qual a Constituição assegura que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado em sindicato.

Por sua vez, o princípio da autonomia sindical consiste na faculdade que possuem os empregadores e trabalhadores de organizarem internamente seus sindicatos, com poderes de autogestão e administração, sem a autorização, intervenção, interferência ou controle estatal.

Para projetar a importância desses princípios no plano fático é preciso, sobretudo, enxergá-los como a base da construção de um modelo de organização sindical democrático o qual gera, por consequência, entidades sindicais mais representativas. Todavia, o que dificulta a plena efetividade desses princípios é a instituição da unicidade sindical pelo nosso ordenamento jurídico.

A unicidade, um dos pilares do regime sindical brasileiro, está prevista no artigo 8º inciso II da Constituição (BRASIL, 1988), estabelecendo a vedação da criação de mais de uma organização sindical em uma mesma base territorial, a qual não deve ser inferior à área de um município.

O que prevalece no modelo acima mencionado é a imposição por parte do Estado, o que difere de eventual vontade de somente se criar um único sindicato que venha surgir como fruto do reconhecimento dos trabalhadores ao sindicato que melhor represente seus interesses. Para este segundo modelo se dá o nome de unidade sindical.

Deste modo, “[...] a unidade sindical é o sistema em que os próprios interessados se unem para a formação de sindicatos” (MARTINS, 2006, p. 699).

Os defensores desse modelo como o ideal a ser seguido alegam que apenas assim haveria a plenitude da liberdade sindical, culminando naturalmente na união dos entes sindicais, se esta fosse a expressão da vontade dos seus associados.

No entanto, apesar da liberdade sindical ser atrativa por garantir maior autonomia aos trabalhadores e às próprias entidades, há de se analisar se esta encontra harmonia com as demais normas do ordenamento jurídico trabalhista e o modo como foram instituídas. É o que se infere de um trabalho sobre a Reforma Sindical, no qual foram tecidas reflexões sobre o Relatório Final do Fórum Nacional do Trabalho. Nesse artigo foi enfatizada a necessidade de reconhecer limitações à efetividade da liberdade sindical, dado o contexto histórico do país que dificulta sua concretização no plano fático (OSTROWSKI, MENENGUIN e ASSIS, 2004).

Segundo os autores, desde a gênese do Direito do Trabalho no Brasil as normas surgiram em grande parte de uma imposição do governo para a coletividade, diferentemente de outros países nos quais houve pressão material expressa por parte dos trabalhadores. Por conseguinte, haveria no país uma falta de organização e coesão dos grupos sociais, facilmente identificada na relação dos trabalhadores com as entidades representati-

vas em geral, de forma que seria equivocado defender a plena liberdade sindical a todo custo sem levar em consideração o contexto da configuração das entidades sindicais no país.

3. O financiamento sindical e a reforma trabalhista

Antes de se aprofundar na discussão sobre as modificações no financiamento sindical, cumpre informar que a Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943) faz menção a quatro tipos de contribuições por parte dos trabalhadores: a contribuição confederativa, assistencial (ou contribuição negocial), as mensalidades dos associados do sindicato e a contribuição sindical, sendo que essa última era considerada a principal fonte de custeio dos sindicatos até a chegada da Reforma Trabalhista.

Então, pode-se dizer que a finalidade da contribuição sindical está intimamente ligada ao bom funcionamento das entidades sindicais, as quais cumprem um importante papel dentro do Direito Coletivo do Trabalho.

Destaca o autor Maurício Godinho Delgado (2017) a importância desse Direito ao cumprir uma função social e política, sendo um dos mais relevantes instrumentos de democratização de poder, no âmbito social, existente nas modernas sociedades democráticas. E é dentro desse sistema que o sindicato se destaca como o agente que efetiva as funções acima mencionadas, por meio da representatividade dos trabalhadores, almejando equalizar as forças na relação de emprego.

Para que essa atuação por parte dos sindicatos seja eficiente e sejam realizados tais propósitos, é preciso que haja liberdade de ação, razão pela qual, um dos princípios regentes do Direito Coletivo do Trabalho é a liberdade sindical. Entretanto, como visto anteriormente, a liberdade sindical no Brasil não é plena, haja vista a existência da unicidade sindical, pilar que vinha sustentando a obrigatoriedade da contribuição sindical até a Reforma.

Importante contextualizar que a imposição dessa obrigatoriedade da contribuição ocorreu no modelo trabalhista brasileiro constituído nas décadas de 1930 e 40, no berço do ditatorial Estado Novo, no qual havia por parte do Estado, controle direto e indireto sobre as entidades sindicais.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

O Estado largamente intervencionista que se forma estende sua atuação também à área da chamada *questão social* (grifo do autor). Nesta área implementa vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de profunda repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, por meio de minuciosa legislação instaurando um abrangente novo modelo de organização do sistema justaltrabalhista, estreitamente controlado pelo Estado (DELGADO, 2017, p. 1547).

Neste período, portanto, o Estado administrava indiretamente os sindicatos, causando até hoje um descompasso na doutrina sobre a legitimidade da manutenção do instituto na Constituição de 88.

Aliado a este contexto, insta ressaltar, que a Carta Magna não acolheu integralmente a Convenção nº 87 de 1948 da OIT, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito de sindicalização, ou seja, não garantiu a plena liberdade sindical, dando brecha no ordenamento jurídico para que permanecesse, até então, a obrigatoriedade do instituto.

Outra questão que merece destaque nessa discussão é que a Carta Magna vigente manteve a natureza jurídica de tributo da contribuição sindical prevista na Constituição dos Estados Unidos Do Brasil (BRASIL, 1937). Atualmente, o instituto está previsto nos artigos 578 a 610, que dispunham sobre a obrigação do pagamento, sua base de incidência, critérios de recolhimento e distribuição, tinha sua compulsoriedade protegida pelo antigo artigo 545 da CLT.

Analisando este último dispositivo:

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados as contribuições por estes devidas ao sindicato,

uma vez que tenham sido notificados por este, salvo quanto ao imposto sindical, cujo desconto independe dessa formalidade (BRASIL, 1943).

Tal contribuição é também compatível com o texto do artigo 4º do Código Tributário Nacional, o qual prevê a natureza jurídica específica de tributo sendo determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação.

Ademais, convém destacar que quanto à interpretação da contribuição sindical como detentora de natureza jurídica tributária, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) corroborava tal entendimento, como era possível depreender da leitura do Recurso Especial nº 442.509:

Na esteira da jurisprudência do Pretório Excelso, é cabível ao sindicato efetuar a cobrança de contribuição sindical de empresa, integrante da respectiva categoria econômica, sem que, para tanto, seja obrigatória a sua filiação, sendo que o artigo 579 da CLT foi recepcionado pelo artigo 149 da Constituição da República Federativa do Brasil, por possuir a aludida contribuição natureza tributária (BRASIL, 2006).

Entretanto, essa não foi a postura que prevaleceu no STF quando da alteração legislativa objeto desse estudo.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794 (BRASIL, 2018), conforme se verá adiante, os ministros que defenderam a constitucionalidade da norma se valeram do argumento de que o legislador não teria especificado a natureza tributária da contribuição. Inclusive, antes de o Supremo firmar esse posicionamento no julgamento, o advogado Gustavo Binenbojm – representando como *Amicus Curiae* a Associação Brasileira de Emissora de Rádio e Televisão – fez menção à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4697, cuja relatoria fora realizada pelo Ministro Edson Fachin. Segundo o advogado, a Suprema Corte já tinha se posicionado sobre a inexistência de reserva de Lei Complementar no que se refere a tributos sem designação constitucional expressa desde o julgamento da constitucionalidade da norma que fixa teto para anuidade de conselhos profissionais.

À parte dessa discussão estrita sobre os aspectos formais que ensejariam a inconstitucionalidade da facultatividade, é fato notório que as entidades sindicais já vêm sofrendo os impactos dessa modificação. Pouco tempo após a Reforma Trabalhista entrar em vigor, proibindo a contribuição obrigatória, alguns sindicatos tentaram realizar assembleias extraordinárias para colocar em votação a continuidade da contribuição. Essa postura encontrou respaldo em um entendimento da ANAMATRA – Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – que já havia se posicionado em 2017, afirmando que uma decisão feita em assembleia teria força para valer por toda a categoria.

O entendimento firmado pela associação concentrou-se no seguinte enunciado:

38. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL

I. É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização.

II. A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho.

III. O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o caput do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais.

Embora o texto acima não possua valor legal, é importante ressaltar que esse entendimento foi elaborado em um congresso que reuniu a comunidade jurídica trabalhista, o que aponta a resistência quanto a extinção deliberada da contribuição.

Ademais, outro fator relacionado à liberdade sindical, consiste no ônus trazido pelo artigo 8º da Constituição sobre tais entidades, ao estabelecer como dever a representação de todas as categorias e não apenas de seus associados.

Neste mesmo sentido, o advogado José Eymard Loguércio representando a CUT – Central Única dos Trabalhadores - Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794 se valeu da premissa de representação de categorias e não de associados na sua sustentação. Para o *Amicus Curiae*, esse ônus implicaria na necessidade de contribuição por parte dos beneficiados da prestação de serviço imposta pelo constituinte. O advogado ainda citou um estudo denominado “A ação coletiva e seus intérpretes”, da autoria de João Alfredo Costa de Campos Melo Júnior, no qual é analisada a Teoria do carona, de Mancur Olson.

O autor do artigo constrói uma analogia com os benefícios das ações coletivas, que são extensivos a todos os trabalhadores, teoricamente representados pelos sindicatos, e a lógica da compulsoriedade na contribuição tratada aqui. Ainda, aponta que na maioria dos casos as críticas sobre a compulsoriedade são baseadas por economistas que, equivocadamente, associam as entidades sindicais com negócios privados e comuns (MELO JÚNIOR *apud* OLSON, 1999). A argumentação desses economistas é então construída no sentido de mostrar que os sindicatos, assim como as empresas deveriam, por obrigação, agradar a seus associados, se quiserem continuar atuando no segmento.

Insta mencionar, que esse argumento foi levantado inúmeras vezes pelos ministros que julgaram a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794, como veremos adiante. A linha de raciocínio construída no estudo consegue explicar, dadas as devidas proporções, a queda brutal de arrecadação dos sindicatos, após a alteração legislativa.

Nas palavras do autor:

Um trabalhador racional não irá contribuir voluntariamente para um (grande) sindicato que proveja uma benfeitoria coletiva, visto que ele sozinho não irá fortalecer perceptivelmente o sindicato e visto que iria desfrutar das vantagens das conquistas de qualquer sindicato tanto se o apoiasse quanto se não o fizesse (MELO JÚNIOR *apud* OLSON, 1999, p. 102).

Exemplificando o entendimento de Mancur Olson, em uma pesquisa realizada pelo jornal “O Estado de São Paulo”, em março de 2019, a man-

chete que chamou atenção dentre os impactos da Reforma foi: “Sindicatos perdem 90% da contribuição sindical no 1º ano da Reforma Trabalhista”. O jornal apresentou uma pesquisa que mostra que em 2018, primeiro ano cheio da Reforma Trabalhista, a arrecadação da contribuição caiu quase 90%, de R\$ 3,64 bilhões em 2017 para R\$ 500 milhões no ano passado. Além disso, o jornal ainda apontou previsão de que o valor seja ainda menor no ano de 2019, tendo em vista o efeito bola de neve que ocorre com a queda dos repasses às centrais, confederações, federações e sindicatos, implicando maior distanciamento das entidades representativas dos trabalhadores e enfraquecimento de atuação.

Esse cenário fez com que alguns sindicatos passassem a buscar alternativas para manter a contribuição e uma delas foi condicionar os benefícios definidos em acordos coletivos ao pagamento da contribuição sindical, gerando grande polêmica entre os trabalhadores e as entidades.

Ainda que tal postura dos sindicatos seja passível de críticas, já existe jurisprudência nesse sentido, dado que um juiz da 30ª Vara de Trabalho de São Paulo, Eduardo Rockenbach Pires, decidiu que as vantagens negociadas em convenção coletiva não se aplicam aos empregados não sindicalizados.

Segue abaixo, trecho da referida decisão:

[...] O autor sustentou não ser sindicalizado e, por isso, negou-se a contribuir para a entidade sindical dos trabalhadores. A despeito disso, pretende ver aplicadas a seu contrato de trabalho as cláusulas de negociação coletiva que estipulem direitos dos empregados da categoria.

Tal comportamento viola a cláusula geral de boa fé objetiva (Código Civil, art. 422). Se é certo que a sindicalização é faculdade do cidadão, não menos certo é que as entidades sindicais devem ser valorizadas e precisam da participação dos trabalhadores da categoria (inclusive financeira), a fim de se manterem fortes e aptas a defenderem os interesses comuns. Aliás, como qualquer associação de particulares.

Já que o autor não concorda em contribuir com o sindicato, é justo que também não aufera as vantagens negociadas por este em favor da categoria profissional. ‘Ubiemolumentum, íbis onus’

Por essas razões, não procedem os pedidos pertinentes a direitos previstos na convenção coletiva de trabalho, conforme os tópicos respectivos (TRT-2 01619000820095020030, 01619-2009-030-00-9, Relator: Juiz Eduardo Rocenbach Pires, Data de Publicação: 11/03/2012 no TRTSP/SINT).

A decisão chama a atenção por ir contra a obrigação constitucional mencionada anteriormente e prevista no artigo 8º da Carta Magna (BRASIL, 1988), dispondo que as entidades sindicais têm por obrigação a representação de todas as categorias e não apenas de seus associados. Além disso, dado o cenário atual de desestabilização do ordenamento jurídico protetivo, é possível que tal comportamento distanciasse ainda mais as entidades sindicais dos trabalhadores, tornando-as menos representativas e indo contra a própria razão de existir dos sindicatos.

Por fim, ratificando a desestabilização deixada pela Reforma Trabalhista no sistema sindical, foi expedida em 1º de março desse ano a Medida Provisória 873/2019, restringindo e submetendo o pagamento das contribuições destinadas aos sindicatos, a qualquer título, inclusive as derivadas de vínculo associativo ou conteúdo obrigacional, à condição de manifestação expressa e individual dos trabalhadores.

Segue abaixo, um dos artigos alterados pela referida norma:

Art. 579. O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.

§ 1º A autorização prévia do empregado a que se refere o *caput* deve ser individual, expressa e por escrito, não admitida a autorização tácita ou a substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição.

§ 2º É nula a regra ou a cláusula normativa que fixar a compulsoriedade ou a obrigatoriedade de recolhimento a empregados ou empregadores, sem observância do disposto neste artigo, ainda que referendada por negociação coletiva, assembleia-geral ou outro meio previsto no estatuto da entidade (BRASIL, 1943).

Assim, com a Medida Provisória o artigo afasta expressamente a possibilidade do direito de oposição como alternativa para o desconto dos não associados, declara antecipadamente a nulidade de acordos ou convenções coletivas de trabalho, bem como de deliberações em assembleias que resultem em interpretação ou disposição diversa dos requisitos exigidos pela MP.

A nova redação do artigo 579-A, por sua vez, limita as fontes de custeio das entidades sindicais aos filiados, inclusive as estabelecidas em Estatutos e na negociação coletiva, conforme abaixo.

O novo artigo ignora mais uma vez a existência na organização sindical brasileira da unicidade sindical e do efeito *erga omnes* da negociação coletiva, isto é, tudo que foi negociado e pactuado pelas entidades sindicais representativas dos trabalhadores e das empresas, em acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho, aplica-se a todos os trabalhadores.

Interessante notar que essa Medida Provisória apresenta uma racionalidade econômica ao mesmo tempo em que conta com a mão estatal autoritária, violando preceitos da liberdade e da autonomia sindicais ao determinar que seja feito o desconto por boleto.

Ainda, considerando que as assembleias sindicais são órgãos máximos e soberanos das categorias profissionais e econômicas, onde trabalhadores democraticamente reunidos discutem e decidem sobre reivindicações, negociações coletivas, declaração de greve e forma de custeio das atividades sindicais, o que a Medida Provisória gera é a deslegitimação do espaço das assembleias para essas decisões, em grave afronta contra a autonomia privada coletiva, a liberdade sindical e a livre negociação.

4. Ação direta de inconstitucionalidade 5794

Para pacificar a questão sobre a constitucionalidade da alteração legislativa referenciada neste trabalho, o Supremo Tribunal Federal, com a

relatoria do Ministro Edson Fachin, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (Conttmaf).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade, a requerente alegou a inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 13.467 (BRASIL, 2017), que alterou as regras dispostas nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943), por violação aos artigos 146, incisos II e III, 149 e ao § 6º do artigo 150 da Constituição (BRASIL, 1988), sustentando que haveria necessidade de lei complementar e norma específica para promover alterações na regulamentação da contribuição sindical e que a alteração legislativa promovida desrespeitaria direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, eis que os sindicatos têm o dever de assisti-los juridicamente e que tal direito ficaria desatendido.

A requerente aduziu ainda, que haveria ferimento ao princípio da proporcionalidade, pois o Estado estaria legislando de maneira abusiva.

Logo no início do pleno, o advogado Edson Martins – representando a requerente da Ação – suscitou a relevância jurídico-social da matéria em julgamento, haja vista a importância dada aos sindicatos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Em menção ao Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, o advogado parafraseou o jurista, para dizer que a violação de um princípio é muito mais grave que a transgressão de uma norma qualquer, se referindo nesse caso aos confrontos da alteração legislativa com os princípios que norteiam o regime sindical brasileiro.

Embora os debates tenham contornado principalmente o âmbito do direito material, foi levantado também pela requerente as possíveis inconsistências formais neste ponto da Reforma, uma vez que o artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (BRASIL, 1988), juntamente com o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, 2000) prevê que sem a estimativa do impacto orçamentário e financeiro o processo legislativo teria sido eivado de nulidade.

Para melhor compreensão, o artigo 113 do ADCT aduz que:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro (BRASIL, 1988).

Quanto à discussão material, destacou-se a postura da Procuradoria Geral da República e da Advocacia Geral da União no sentido de defender um suposto aprimoramento do regime sindicalista do país, já que tornaria mais coerente a liberdade sindical com a legislação. Em que pese existir de fato um dissenso na interpretação da liberdade sindical no ordenamento jurídico, tal posicionamento não fez menção em momento algum ao princípio da autonomia sindical, sendo que esta última pressupõe independência econômica e deve ser analisada em conjunto com a primeira.

O primeiro voto da Suprema Corte iniciado pelo relator, Ministro Edson Fachin, apoiou-se em três pilares: o limite imposto pela Constituição à matéria, os precedentes da Corte referentes ao tema e qual tem sido a orientação da doutrina.

Ao alinhar seu posicionamento com a Constituição, o relator observou que a Carta Magna foi apontada como precursora de novos tempos, entre outros motivos, porque defendeu a não intervenção do Estado na organização social e permitiu a ampliação do número de entidades sindicais:

[...] Mesmo que a unidade sindical e a representação sindical compulsória por categoria não sejam consideradas as melhores características de um modelo sindical, é preciso reconhecer que tiveram função histórica, especialmente na década de 40, quando, disperso no território nacional, o conjunto dos trabalhadores se apresentou para as negociações com os empregadores, com a voz em torno de uma entidade, cujas prerrogativas foram uteis para definir posição e defesa do interesse de seus substituídos (FACHIN, 2017, AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5794).

Em defesa do caráter compulsório do tributo, o Ministro Edson Fachin ressaltou que quando o constituinte optou pelo regime sindical integral, fez uma opção por definir-se em torno da compulsoriedade da contribuição. Ele assentou que a sistemática sindical está sustentada em três pilares fundamentais: unicidade sindical, representatividade compulsória e contribuição sindical entendendo que, sem alteração constitucional, a mudança de um desses pilares desestabiliza todo o regime sindical e não pode, sem ofensa à Constituição da República Federativa do Brasil, ocorrer de forma isolada.

O Ministro ainda recorreu ao entendimento do renomado jurista Ives Gandra da Silva Martins, para quem a contribuição objetiva garantir a existência de movimentos sindicais de trabalhadores patronais, sendo, na visão do professor, na dicção do mesmo artigo 8º da Carta Magna (BRASIL, 1988), a exata razão de sua exigência como perfil de natureza tributária.

Ao final, quanto aos precedentes da Corte, Fachin citou o Recurso Extraordinário 180.745, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no artigo 578 CLT, e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato, resulta do artigo 8º inciso IV parte final da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1998).

Para o Ministro, ao manter na Constituição a unicidade sindical e obrigação de representação de toda a categoria, incluindo associados e não associados, a inexistência de uma fonte de custeio obrigatório inviabiliza a atuação do próprio regime sindical previsto na Carta Magna.

Em defesa da Constituição, o relator alertou aos demais ministros para o risco de a facultatividade da contribuição se tornar um instrumento que obsta o direito à sindicalização que, ainda que a contragosto de alguns juristas, foi reconhecido pela Constituição.

Inaugurando a divergência do voto do relator, o Ministro Luiz Fux, por uma análise do aspecto formal da alteração legislativa, destacou que

a Reforma Trabalhista não contempla normas gerais de Direito Tributário, afastando a exigência de lei complementar. Sob o ângulo material, buscou respaldo no direito à liberdade de associação, sindicalização e de expressão, contrapondo esses princípios com a unicidade sindical.

Para o Ministro Luiz Fux, o princípio da unicidade sindical não pode admitir que a contribuição sindical seja imposta a todos os integrantes de todas as categorias, já que por sua vez a Constituição preza pela liberdade sindical ao assegurar que ninguém é obrigado a se filiar ou se manter filiado a entidade sindical.

Ainda, em resposta ao Ministro Edson Fachin sobre eventual desastre que poderia ocorrer em relação aos sistemas de sindicatos sem a contribuição obrigatória, Fux apontou que os sindicatos dispõem de múltiplas formas de custeio, como a contribuição confederativa, a assistencial e outras constantes em regra de negociação coletiva, razão pela qual entendeu pela constitucionalidade da norma.

Interessante observar que esse último argumento desconsidera os dados apresentados de que a contribuição sindical era, até então, a principal fonte de custeio das entidades sindicais justamente por ser compulsória, já que o valor arrecadado pelas mensalidades dos associados, a título de exemplificação, se restringem a uma média de apenas 20% dos empregados de cada categoria.

Nesse julgamento também merece destaque o voto do Ministro Alexandre de Moraes, que iniciou sua sustentação concordando com algumas premissas do voto do relator ao admitir que o regime sindical brasileiro se manteve em um modelo criado durante o Estado Novo para permitir o dirigismo estatal, embora Moraes tenha utilizado esse contexto histórico como argumento para defender a constitucionalidade da alteração realizada pela Reforma, ao contrário do relator.

Sobre o dissenso que sonda o princípio da liberdade sindical, conforme explanado anteriormente, o Ministro Alexandre de Moraes sustentou que a Constituição da República Federativa do Brasil evoluiu para que o novo modelo sindical, como a unicidade sindical, fosse a li-

berdade do sindicato em relação ao Estado e do empregado em relação ao sindicato. Para o Ministro, a garantia constitucional da livre associação, que está contida no corolário do artigo 5º, visou a diminuir o que denominou de “tradicional sistema de cabresto de dois níveis instituído no Estado Novo” (MORAES, 2017). Dessa forma, a partir da evolução de 1988, a Constituição teria permitido ao legislador ordinário estabelecer normas imediatas e mediatas para favorecer independência do sindicato em relação ao Estado e ampliar a primazia da liberdade nas mais diversas facetas, e que o afastamento da compulsoriedade da contribuição sindical seria uma delas.

Firme na defesa de independência estatal, Alexandre de Moraes disse não ser razoável que o Estado tenha que subsidiar um sistema de 16 mil sindicatos no qual apenas 20% dos trabalhadores são sindicalizados.

Em que pese existir de fato uma pulverização de sindicatos no Brasil, e essa ser uma das maiores críticas ao regime sindical brasileiro, importante compreender que a pulverização não é uma característica decorrente apenas da contribuição sindical e sim um reflexo das contradições do regime no qual nos encontramos desde o Estado Novo, de forma que, para falar em evolução, uma reforma sindical promoveria significativas melhoras, ao contrário da retirada dos pilares que sustentam esse sistema, causando inevitavelmente um desmantelamento.

Em relação às inconstitucionalidades formais, o Ministro Alexandre de Moraes defendeu que não haveria a previsão para instituição de Lei Complementar para alteração, remoção, majoração diminuição de contribuições de instituições de interesses profissionais ou econômicos, nos moldes de artigo 149 da Constituição (BRASIL, 1988).

Ainda, em relação ao artigo 150 § 6º do mesmo diploma, o Ministro afastou a inconstitucionalidade alegando que a alteração do modelo não se encaixa nas hipóteses do dispositivo e, ainda que se encaixasse, entende que o artigo tem como objetivo impedir o contrabando legislativo, não sendo o caso do texto votado e que no caso do artigo 113 do ADCT, não haveria conceito normativo em tal dispositivo.

Distanciando-se das críticas sobre o retrocesso social apontado no ajuizamento da ADI em questão, no que tange ao aspecto material, o Ministro Alexandre de Moraes alegou não haver nenhuma involução quanto aos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores. Na contramão do relator, Alexandre de Moraes acredita que a compulsoriedade tinha ainda caráter de “invasão de propriedade” (MORAES, 2017), de um trabalhador que poderia não querer ter seu dia de salário retirado do pagamento e era obrigado a fazê-lo.

Em seguida, o Ministro Luís Roberto Barroso observou que na discussão técnica tem-se também uma discussão política de qual modelo sindical se vai praticar no Brasil, alegando não ser tal trabalho da competência do Supremo.

Para enfatizar uma proposta de modernização da Reforma, Barroso alegou que há um confronto entre um modelo de origem autoritária e paternalista, qual seja, um modelo com amparo estatal, e outro modelo querendo romper esse vínculo entre as entidades e o Estado, tentando trazer maior autonomia e responsabilidade individual. Neste aspecto, haveria uma luta entre um modelo de subsídios e de monopólios e um modelo de livre iniciativa e autodeterminação. O Ministro salientou que num país em que o Estado é reiteradamente apropriado privadamente, é preferível possibilitar o aumento do espaço da sociedade civil do movimento social e da livre iniciativa.

Isto à parte legitimou que o Congresso tome a decisão de mudança de modelo do regime sindical uma vez que o fato de a Suprema Corte ter sido provocada não a obriga a invadir o mérito destas questões.

Interessante observar a adoção da posição de deferência do Ministro Barroso às escolhas políticas do Congresso por entender que não está em jogo questão que envolva direitos fundamentais, mas que estaria apenas protegendo as regras do jogo democrático, embora tenha sido amplamente discutido a queda na representatividade dos trabalhadores.

Uma questão a ser analisada nesse último argumento é falta de razoabilidade do discurso ao moralizar os recursos públicos e sua

destinação, defendendo que as verbas de natureza pública destinada às entidades sindicais de trabalhadores devem ser erradicadas, enquanto as entidades patronais continuam a se beneficiar das verbas destinadas ao Sistema S, a título de exemplificação, e demais empresas continuam a se beneficiar de altas isenções fiscais, por vezes superiores àquelas destinadas as entidades sindicais.

Ainda, ao equiparar o sindicalismo com o capitalismo o Ministro Barroso afirmou que ambos vivem na tentativa de conquistar o Estado e que no caso do primeiro, tal postura iria de encontro ao princípio da liberdade sindical, não estimulando a representatividade e sendo bom apenas para os sindicalistas e não para os trabalhadores.

No que tange à legalidade estrita, o Ministro disse ainda que os argumentos levantados pelos autores seriam frágeis, pois o artigo 146 inciso III, a da Constituição (BRASIL, 1988) não exige Lei Complementar para dispor sobre a matéria, sendo a aplicação desse dispositivo no máximo em relação a impostos e que a contribuição sindical não se enquadraria nessa hipótese, corroborando o entendimento de Luiz Fux de que o artigo 113 do ADCT não se aplicaria à contribuição sindical por não ser um tributo que ingresse no tesouro, mas, excepcionalmente direcionado aos sindicatos.

Para o Ministro Barroso, posicionamentos como o de Fachin interpretam a Constituição na crença de um modelo sindical imposto pelo constituinte, no entanto o Ministro entende que o modelo previsto na Carta Magna não seria imutável, pois, para ele, essa interpretação admite que as maiorias governem.

Contraditoriamente com o exposto em sua sustentação, o Ministro encerrou o voto admitindo que para acabar com a unicidade sindical seria preciso uma emenda constitucional, antecedida por um debate político de competência do Congresso e não do Supremo Tribunal Federal.

Já para a Ministra Rosa Weber, que acompanhou o relator, o modelo híbrido da organização sindical brasileira ao mesmo tempo em que pro-

clama a liberdade sindical, consagra a unicidade sindical sobre a qual se estrutura o sistema sindical brasileiro e é um de seus pilares.

A Ministra defende a existência de um modelo sindical constitucional do qual não se pode fugir, ao contrário do exposto pelo Ministro Barroso, e salientou que ao afastar um tripé do regime sindical, há um desmantelamento desse sistema.

Durante seu voto, Rosa Weber ressaltou o disposto no artigo 8, II, III e IV da Constituição (BRASIL, 1988) alegando que a mudança legislativa traz consigo uma desarmonia que atenta contra os comandos constitucionais, como sindicato único. Recorrendo a regra exceptiva do princípio da liberdade sindical, a Ministra afirmou que a Constituição, sem materializar em sua completude o princípio da liberdade sindical consagrado na convenção de 87, de forma expressa afastou o pluralismo e impôs a unicidade para legitimidade da representação da atuação sindical, em cuja perspectiva se insere a contribuição compulsória de todos os membros para a manutenção do ser coletivo.

Abordando rapidamente as quatro fontes de financiamento sindical, Rosa Weber ressaltou que as contribuições confederativa, assistencial e mensalidade ficaram restritas ao âmbito dos associados, não cabendo a alegação de que as entidades poderiam continuar mantendo seu sustento.

Remetendo-se aos ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins, a Ministra lembrou que as categorias profissionais e econômicas se utilizam da contribuição sindical como instrumento para garantir a atuação na defesa de interesses dos grupos que se propõe a proteger.

Ainda, Rosa Weber remeteu à análise de dados apresentados no ajuizamento da Ação, que identificam a queda dos valores recebidos pelos sindicatos, sendo uma das únicas ministras que fez menção aos dados apontados na ADI.

Nas palavras da Ministra Rosa Weber durante o julgamento:

Houve um decréscimo de 20.1% da contribuição em relação a junho de 2016 em evidente prejuízo na arrecadação do sistema sindical brasileiro com pro-

fundos reflexos na atuação dessas entidades como agentes centrais da representação coletiva trabalhista.

Nessa linha de raciocínio, o enfraquecimento das entidades sindicais desencadearia na debilitação da negociação coletiva como instrumento de concretização da melhoria das condições de gestão das forças de trabalho no mercado econômico.

Diferentemente da maioria dos demais ministros no Pleno, a Ministra Rosa Weber lembrou em seu voto que a Reforma trouxe um movimento no sentido da prevalência do negociado sobre o legislado, em contrariedade à sistemática anterior, em que se assegurava ao trabalhador, em razão da disparidade das forças, a prevalência do legislado sobre o negociado. Entretanto, neste momento em que se destacaria a atuação sindical justamente para equalização das forças, se enfraquece as entidades sindicais retirando-se a sua maior fonte de renda.

Conforme as críticas realizadas pela Ministra, identifica-se num olhar panorâmico, o quadro de enfraquecimento do Direito Coletivo do Trabalho decorrente da debilidade das entidades que tem obrigação constitucional de atuar na negociação coletiva.

Ao finalizar seu voto, Weber se reportou a um estudo que indica queda brutal da arrecadação decorrente da alteração legislativa e da limitação da contribuição assistencial aos associados. Para tanto, pontuou a problemática desse cenário com o drástico aumento do desemprego no país e da rotatividade da mão de obra, ambas situações fruto da crise econômica que tem seus efeitos paulatinamente intensificados com a Reforma.

O julgamento também contemplou o voto do Ministro Dias Toffoli, que surpreendeu o Pleno ao entrar na discussão sem uma posição previamente consolidada. Abordando o conceito de sociedade, em suas palavras, “esquecida no Brasil atual”, equiparou o sistema de financiamento sindical ao da previdência social para questionar se seria aceitável que o financiamento desta fosse retirado abruptamente modificado sem regra de transição, uma vez que prevista a necessidade do financiamento

na carta constitucional. Nesse sentido, votou pela inconstitucionalidade dos artigos que alteraram o sistema de financiamento sindical.

Em uma breve sustentação, o Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência da ADI, mencionando a disparidade dos números, no Brasil e nos demais países, referente à quantidade de sindicatos por área territorial. Outro argumento sustentado pelo Ministro reforçou a recorrente associação feita entre sindicatos e partidos políticos, ao dizer que há uma brecha no ordenamento jurídico que permite o subsídio financeiro entre as entidades sindicais e o sistema eleitoral brasileiro.

Essa fundamentação, embora recorrente como mencionado, ignora a legislação eleitoral do nosso país que proíbe a utilização de recursos de entidades sindicais para fins políticos partidários, sendo que nesse caso, se alguma entidade viesse a cometer esse ilícito, a resposta jurídica para isso seria uma ação judicial individual para que a organização sindical em questão respondesse pelo seu ilícito individualmente, ao invés de penalizar todas as entidades sindicais brasileiras, dentre elas as combativas.

O jurista finalizou seu voto alegando que se estivéssemos no plano das idealizações teria sido recomendado a imposição de um modelo gradual de supressão, mas que isto por si só não justificaria a manutenção do modelo anterior, além do que, em suas palavras, a jurisprudência viria, há algum tempo, reforçando a ideia da facultatividade.

Abordando historicamente o sistema sindical, o Ministro Marco Aurélio citou o artigo 138 da Constituição dos Estados Unidos Do Brasil (BRASIL, 1937) que previa o necessário reconhecimento do sindicato pelo Estado, em nítida pretensão de controle estatal, o que tornaria conveniente a obrigatoriedade da contribuição. Se atentando mais aos aspectos formais do que os outros ministros, defendeu que a contribuição não se trata de tributo, uma vez que o sindicato, embora tenha importante atuação, não deixaria de ser pessoa jurídica de direito privado, e assim sendo, não haveria a incidência do artigo 146, III da Constituição (BRASIL, 1988).

Presidente da Suprema Corte à época do julgamento, a ministra Carmen Lúcia encerrou o julgamento reconhecendo que para grandes

alterações no sistema de financiamento sindical um período de transição seria mais conveniente, mas alegando, de forma cirúrgica, que esse fato por si só não seria suficiente para obstar a concluir pela constitucionalidade da norma.

Assim, o Supremo Tribunal Federal decidiu por seis votos a três, pela constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 13.467 de 2017.

5. Considerações finais

Durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794, os argumentos dos ministros, ao julgarem constitucional a facultatividade da contribuição sindical, apontaram, em sua maior parte, para a desnecessidade do equilíbrio das partes na relação empregador e empregado. Ao afastar-se da realidade das entidades sindicais para tratar do financiamento sindical como mera questão teórica, a alteração legislativa desconsidera a autonomia coletiva como merecedora de incentivos e de proteção estatal.

Embora a compulsoriedade da contribuição realmente necessitasse de revisão no ordenamento jurídico, a forma como foi erradicada, sem que as entidades sindicais pudessem se mobilizar para fortalecer as demais fontes de custeio, por meio de um período de adequação e transição aliados a um planejamento político e estratégico, induz que a proteção de liberdades individuais relacionadas ao mercado se sobreponha às garantias fundamentais previstas na Constituição para essas entidades.

Outro ponto a ser destacado é que o Supremo normatiza sobre o tema ao mesmo tempo em que afirma não estar direcionando as mudanças. As modificações nos artigos que disciplinam o financiamento sindical foram nitidamente uma escolha política que afetou os sindicatos, o que foi confirmado com o surgimento da Medida Provisória 873/2019. Afir-mo isso porque essas mudanças ocorreram juntamente a várias outras que se deram no mesmo sentido. Desse modo, decisões da Corte não se

dão num vácuo institucional e isso deve ser levado em consideração pelos agentes do direito.

O que se infere dessa análise é a necessidade de estudos que tratem como a racionalidade econômica direciona o direito, em detrimento de um conjunto de princípios, a exemplo do que vimos reiteradamente nos discursos apresentados.

Desmistificar a proposta de modernização que vem sendo profetizada para legislação trabalhista por meio de um discurso neoliberal é uma das vias para estabelecer estratégias de luta para a preservação de um direito tutelar do trabalho, que possa avançar protegendo seus atores.

Por fim, uma vez que não há como ignorar as crises econômicas e políticas que o país vem enfrentando, o melhor caminho a ser seguido no Direito do Trabalho é o da proteção de conquistas históricas no lugar da incorporação da racionalidade de mercado no ordenamento jurídico, já que não há eficiência que compense o retrocesso social.

Referências

ANAMATRA. **Reforma Trabalhista. Enunciados aprovados**. 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho (2017). XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Conamat (2018). Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livreto_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf Acesso em: 17 mar. 2019.

ASSIS, MENEGUIN e OSTROWSKI. **Reforma sindical – reflexões sobre o relatório final do fórum nacional do trabalho**. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2004.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/5172.htm. Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei Nº 5.452, de 1º de maio de Maio de 1943. Disponível em: [307d307P://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm) Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. **Lei nº 13.467/2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02015-2018/2017/lei/l13467.htm Acesso em: 24 mai. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 442.509**. Relator Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma. Brasília, 23 de maio de 2006. Diário da Justiça de 14 de agosto de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5794**. Relator: Min. Edson Fachin, Segunda Turma. Brasília, 29 de junho de 2018. Disponível em: 308d308P://308d308PS://www.youtube.com/watch?v=oSgdMkxJUv0. Acesso em: 10 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 180.745 SP**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma. Brasília, 24 de março de 1998. Diário da Justiça de 08 de maio de 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Edson Fachin, Relator da ADI 5794 ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF)**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 2ª Região. **Recurso Ordinário 01619-2009-030-00-9**. Relator: Juiz Eduardo Rockenbach Pires. Data de Publicação: 11 mar. 2012. Disponível em: 308d308PS://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/319164604/recurso-ordinario-ro-1619000820095020030-sp Acesso em: 20 mar. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. 16. 308d. São Paulo: LTr, 2017.

_____. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

JUNIOR, J. A. C. M. A ação coletiva e seus intérpretes. Pelotas: **Pensamento Plural**, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 22. 309d. São Paulo: Atlas, 2006.

[MARTINES, Fernandes. CONJUR. 20 jan. 2019. Cresce debate sobre condicionar benefícios ao pagamento de contribuição sindical. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/cresce-debate-condicionar-beneficios-contribuicao-sindical. Acesso em: 10 fev. 2019.](https://www.conjur.com.br/2019-jan-20/cresce-debate-condicionar-beneficios-ao-pagamento-de-contribuicao-sindical)

SILVA, Cleide. Sindicatos perdem 90 % da Contribuição Sindical no 1º ano da Reforma Trabalhista. **O Estado de S. Paulo**. São Paulo, 05 mar. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/sindicatos-perdem-90-da-contribuicao-sindical-no-1-ano-da-reforma-trabalhista,70002743950>. Acesso em: 25 abr. 2019.

**Pós reforma trabalhista:
a legitimidade democrática como parâmetro para
implementação de políticas públicas sociais**

*João Roberto Lima Bertoldo
Odilon AramisMentz da Silva*

1. Introdução

A Reforma trabalhista entrou em vigor em 11/11/2017, alterou o repositório jurídico que disciplina a relação entre empregados e patrões, as alterações estão sendo objeto de questionamento relativo à sua constitucionalidade, inclusive o Superior Tribunal Federal se manifesta a respeito nas ações diretas de inconstitucionalidade manejadas. Tal decorre da flagrante ofensa a principiologia constitucional pela aludida reforma. Com relação ao processo do trabalho e ônus probante, uma das questões basilares da seara juslaboral é a prevalência das questões de fato sobre aspectos formais dissociados da realidade vivenciada pelo empregado. Este direito basilar é agasalhado pelo princípio da primazia da realidade e embora tendo havido substancial diminuição das garantias dos trabalhadores, sua aplicação permanece hígida. A legitimidade democrática, incide na vontade popular e na sua soberania que devem ser observadas, sem que os direitos fundamentais sejam ofendidos.

2. Antecedentes históricos

A CLT promulgada em 01/05/1943, representava a sistematização de leis esparsas trabalhistas. Ocorre que, com a evolução da sociedade as normas igualmente foram evoluindo e com elas as normas que tratam do direito do trabalho.

A evolução de 1943 a 2017 foi tão expressiva, que nestes 74 anos, mais de quinhentas alterações foram feitas, ou seja, em que pese em 1943 ela refletir a reunião das leis até então realizadas, ao longo do tempo, tornou-se uma legislação moderna e que refletia de fato as necessidades da sociedade, em especial, do trabalhador, lado hipossuficiente das relações jurídicas e contratuais.

Com a advento da Reforma Trabalhista, através da Lei 13.467/2017, algumas conquistas dos trabalhadores foram suprimidas, principalmente, quando dissociou-se dos ideais dispostos na Constituição Federal de 1988, em especial ao que concerne aos direitos humanos, sociais e coletivos.

A pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, produzida a partir de consulta a legislação constitucional e infraconstitucional, repositório doutrinário e pesquisa jurisprudencial, nos quais buscou-se assentar a eficácia da aplicação do Princípio da Primazia da Realidade após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista.

O doutrinador Mauricio Godinho Delgado¹, ensina:

H) Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma - O princípio da primazia da realidade sobre a forma (chamado ainda de princípio do contrato realidade) amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transparece a vontade (art. 85, CCB/1916, art. B2002). No Direito do Trabalho deve-se pesquisar, preferentemente, a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços, independentemente da vontade eventualmente manifestada pelas partes na respectiva relação Jurídica. A prática habitual - na qualidade de uso - altera o contrato pactuado.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho, Curso de Direito de Trabalho. 9.Ed. LTR. 2010. P.192-193

gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva).

A pesquisa mostra, diante da análise sistêmica com relação a higidez do Princípio da Primazia da Realidade que após a entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que as questões mais relevantes que a famigerada reforma suprimiu, foi a alteração dos direitos dos trabalhadores em detrimento de um suposto aumento nos índices de empregabilidade, que até o momento não foram constados expressivamente.

Segundo a opinião de Delgado²:

A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 (com retificações feitas pela MPr. N. 880, vigente entre 14/11.2017 e 23.4.2018), desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais.

A pesquisa revela que há fraude documental na prática e dia-a-dia do trabalhador, foi maximizada a partir da Lei n. 13.467/2017, quando de fato, a realidade do labor destoa daquilo que está formalizado, devendo, portanto, prevalecer a realidade, através da aplicação do Princípio da Primazia da Realidade que não sofreu mitigação com a Reforma Trabalhista.

3. A reforma trabalhista e o enfraquecimento do princípio da primazia da realidade

A chamada Reforma Trabalhista, Lei 13.467/2017, simplesmente rechaçou com as conquistas da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, principalmente, quando dissociou-se dos ideais dispostos na Constituição Federal de 1988, em especial ao que concerne aos direitos humanos e sociais.

2 DELGADO, Maurício Godinho, A Reforma Trabalhista no Brasil. 2.Ed. LTR. 2018. p. 39-40

No âmbito dos direitos individuais trabalhistas, estes vêm a regular a seara das relações empregatícias, por meio de normas que visam democratizar e salvaguardar as relações de emprego, ascendendo as condições de trabalho, refletindo diretamente em melhores condições de renda, o que em síntese, portanto, atinge sensivelmente as funções das Políticas Públicas, como ratificado por Delgado³.

No âmbito coletivo, a Reforma Trabalhista mudou o caráter da antiga contribuição sindical, de obrigatória para facultativa, o que culmina no notório enfraquecimento das entidades sindicais no País, eis que esta sempre foi a mais importante fonte de custeio da estrutura sindical brasileira, em razão de sua obrigatoriedade, segundo entendimento de KERTZMAN, Ivan e LAPA⁴, Antonio Neto.

Noutra senda, já no âmbito do Direito do Processo do Trabalho, as alterações atacaram o direito de acesso à justiça, em nítida ofensa ao art. 5º, XXXV, da CF/88 eis que ao introduzir pagamento de honorários sucumbenciais, gratuidade da justiça para quem recebe até 40% do teto do INSS, imposição de ônus pericial ainda que beneficiário da gratuidade da justiça e necessidade de prévia liquidação de pedidos, transfere ao empregado o ônus técnico e o risco da demanda infrutífera.

Na opinião de Delgado⁵, a Reforma Trabalhista (com retificações feitas pela MPr. N. 808, vigente entre 14.11.2017 e 23.4.2018), desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais.

Profundamente dissociada das ideias centrais da Constituição de 1988 – como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principio-logia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo justtrabalhista e a compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização,

3 DELGADO, Maurício Godinho, A Reforma Trabalhista no Brasil. 2.Ed. LTR. 2018. p. 40-41

4KERTZMAN, I; LAPA, A.N. Curso Prático de Direito do Trabalho. 2.ed.2018. p. 585.

5 DELGADO, Maurício Godinho, A Reforma Trabalhista no Brasil. 2.Ed. LTR. 2018. p. 39-40

a Lei n. 13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção contrária e regressiva.

Os doutrinadores, Nascimento⁶, quanto a Reforma Trabalhista, expressam, quanto a ordem democrática:

[...]Permite o labor da empregada gestante em atividades insalubres em grau médio ou mínimo somente quando ela voluntariamente apresentar atestado médico, emitido por médico de sua confiança, que autorize sua permanência no exercício de suas atividades.

[...] As férias, mediante prévio acordo com o empregador, poderão ser usufruídas em até 3 períodos.

O raciocínio do legislador foi tão carente de percepção e sensibilidade que, atualmente, o tema supra, “empregada gestante em atividades insalubres”, teve que passar pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, onde por sua vez entendeu pela aplicação da Lei e normas anterior a Reforma Trabalhista, na ADI 5938 julgada em 29/05/2019, no Pleno do Supremo Tribunal Federal⁷:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, conheceu da ação direta de inconstitucionalidade. Por maioria, confirmou a medida cautelar e julgou procedente o pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III do art. 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º da Lei 13.467/2017, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pelo amicuscuriae Confederação Nacional de Saúde – CNS, o Dr. Marcos Vinicius Barros Ottoni; e, pelo amicuscuriae Central Única dos Trabalhadores – CUT, o Dr. Ricardo Quintas Carneiro. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário 29.05.2019

Por este prisma, o que se demonstra na prática forense, é que os liames basilares do direito do trabalho, vibrados pelas expressivas

6NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M., Iniciação ao Direito do Trabalho, 41. ed. LTR. 2018, p.69 e 70.

7BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5.938.Reqte: Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 29.05.2019. Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5447065> >. Acesso em: 19jul.2019.

mudanças trazidas no bojo da novel lei, fixou um cenário de insegurança jurídica, não somente pela letra fria da lei, mas também, por ausência de pacificação jurisprudencial.

4. princípio da primazia da realidade e a prevalência dos fatos em face dos documentos escritos

Como o exposto acima, o Princípio da Primazia da Realidade é norteador de toda a esfera do direito do trabalho, e é amplamente aplicado nos tribunais, sendo que o mesmo aduz serem os fatos superiores às formas e formalidades, estas prescritas em documentos e contratos estabelecidos entre as partes.

Logo, apesar de serem as partes livres para estabelecer as condições do contrato e conseqüentemente como se dará a prestação laboral, uma vez que tal enverede à natureza ou forma distinta, e sua prova seja contundente, se poderia invocar tal princípio que valoriza o que ocorre na realidade dos serviços prestados pelo trabalhador, autorizando o magistrado a efetuar a prevalência dos fatos em face dos documentos escritos.

Nesse sentido, bem ensina o mestre Rodriguez⁸ ao dizer que:

O princípio da primazia da realidade significa que, em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência ao primeiro, isto é, ao que sucede no terreno dos fatos.

Todavia, na aplicação prática desse princípio jus trabalhista, o operador do direito, perante o exercício nos tribunais, deverá, concretamente instruir sua exordial, eis que é fundamental que se faça prova contundente acerca da prestação laboral fática do obreiro.

Para KERTZMAN, Ivan e LAPA, Antonio Neto da⁹:

⁸RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR. 2004, p.339.

⁹KERTZMAN, I.; LAPA, A. N. Curso Prático de Direito do Trabalho. 2.ed.2018. p. 89

[...] Logo, sempre que houver descompasso entre o cenário fraudulento arquitetado documentalmente pelo empregador a realidade vivenciada pelo obreiro, prevalecerá esta, desde que provada em audiência instrutória perante o Magistrado do Trabalho.

Nesta esteira, a nova legislação trabalhista, maximizou a possibilidade de suceder ainda vasta gama de contratos de emprego, que não expressam a realidade do trabalhador e por consequência, divergem da primazia da realidade, ofendendo princípios basilares do direito do trabalho.

Em momento anterior a reforma trabalhista, eram grandes as dificuldades enfrentadas pelos trabalhadores para comprovar a realidade de seu contrato de emprego e as condições em que trabalhavam, mesmo a legislação sendo mais democrática e respeitando os princípios constitucionais.

A jurisprudência nesse sentido, do Tribunal Regional do Trabalho, através do Relator Ubirajara Carlos Mendes¹⁰, no processo TRT-PR-00954-2008-242-09-00-7(RO-02429-2009)-ACO-19072-2009 da 1ª Turma, selou em seu acórdão o entendimento de que é necessária a demonstração concreta, através de provas suficientes e que possam efetivamente demonstrar que tal situação fática ocorrera, vejamos o que se extrai do julgado:

O princípio da realidade (ou seja, prevalência do que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes tenham pactuado, ou que conste dos documentos) aplica-se mediante a comprovação de todos os requisitos da relação de emprego. No presente caso, não restaram robustamente comprovados os elementos fático-jurídicos do vínculo de emprego. Recurso do Reclamante a que se nega provimento.

Outra não seria a conclusão lógico-jurídica da aplicação do aludido instituto no contexto das normas processuais, uma vez que o ônus probante, incumbe à parte que alega e invoca o Princípio da Primazia da

¹⁰BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. TRT-PR-00954-2008-242-09-00-7-ACO-19072-2009-1A.TURMA. Relator Ubirajara Carlos Mendes. DJPR em 19 jun. 2009. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>. Acesso em 23 set. 2019.

Realidade quanto à tanto Teixeira Filho¹¹ entende que “No plano do direito positivo brasileiro vigente, a investigação a propósito das teorias relacionadas a distribuição do ônus da prova perde o interesse prático, vez que o CPC adotou a que atribui ao autor o encargo de provar os fatos constitutivos do direito e, ao réu, os fatos modificativos, impeditivos ou extintivos desse direito (art. 373, I e II).”.

Portanto, é possível, conforme explicitado, verificar a confluência de pensamentos entre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial havidos pelos tribunais, sendo que há características fundamentais e determinantes que devem ser preenchidas e efetivamente demonstradas, principalmente através de provas testemunhal e documental, sem prejuízo das demais admitidas no campo jurídico, para que seja evocado o Princípio da Primazia da Realidade em favor do reclamante, entretanto, somente a análise do caso concreto poderá responder quais os meios mais adequados a serem utilizados pelo operador jurídico, que os deverá apresentar no rosto da lide.

Ocorre que a chamada Reforma Trabalhista, com o retrocesso social trazido em seu texto, tornou a fecundar um grande campo para contratos de emprego que dessoam da realidade, porém estão investidos de pseudo-legalidades, o que tornam os contratos de trabalhos ainda mais desequilibrados, entre empregador e empregado e dificultam sobremaneira a prova a ser produzida.

Inobstante isso, é importante acrescentar que os contratos de trabalhos que não expressam a realidade das condições de trabalho dos empregados, geram reflexos diretos nas verbas de direito do Obreiro e em sua previdência social, posto que de fato, gerará um aumento expressivo de trabalhadores portadores de doenças laborais cuja contribuições foram recolhidas observando aspectos formais da prestação de labor, em detrimento da realidade fática, deveras vantajosa ao empregado.

Sem mencionar que a própria Lei, atualmente permite que o trabalhador seja contratado por tarefas (trabalho intermitente), o que por

11 FILHO; Manoel Antonio Teixeira. O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista. 2.ed.2018. p.116.

consequência permite que o seu rendimento mensal possa ficar menor que o salário mínimo e obviamente, para que o trabalhador possa se aposentar, a própria previdência social irá exigir que este trabalhador complementemente caso este tenha interesse de se aposentar.

Tanto é assim e tamanha a insegurança jurídica da Lei 13.467, que foi publicada a MP 808/17, que por sua vez tentou oferecer maior segurança jurídica a esta modalidade (trabalho intermitente), porém, perdeu sua validade em abril/2018. Em 28 de janeiro de 2019, houve a publicação pela Receita Federal da In 1.867/19 que por sua vez dispõe que o trabalhador intermitente é segurado obrigatório da Previdência, porém, para que seja computado como tempo de trabalho é necessário que este contribua com pelo menos um salário mínimo.

Sobre o tema, Delgado¹², discorre:

O contrato de trabalho intermitente, nos moldes em que foi proposto pela Lei da Reforma Trabalhista – caso lidas, em sua literalidade, as regras impostas por esse diploma legal -, busca romper com dois direitos e garantias justas-trabalhistas importantes, que são da estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho (e de jornada) e noção de salário.

De fato, em que pese a modalidade de trabalho supra exposta para demonstrar os impactos da Reforma Trabalhista na previdência social daquele trabalhador, no âmbito social como um todo, e do aspecto da própria Previdência, é notório que a arrecadação é menor.

A Reforma Trabalhista foi concretizada sob o argumento de que fomentaria a empregabilidade e movimentaria a economia, contudo, de fato não ocorreu, conforme é possível observar nas notícias da agência de notícias do IBGE, a taxa de desemprego¹³ dos 2017 a 2019 somente abaihou 1% (13,7% em 2017 e 12,7% em 2019), e tal percentual pode ser fundado em outros fatores, inclusive incluso em margem de erro.

¹²DELGADO, Maurício Godinho. A Reforma Trabalhista no Brasil. 2.Ed. LTR. 2018. p. 162.

¹³IBGE, Desemprego sobe para 12,7% com 13,4 milhões de pessoas em busca de trabalho. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24283-desemprego-sobe-para-12-7-com-13-4-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-trabalho>

5. Da legitimidade democrática

Os julgadores, investidos de jurisdição, têm o dever de observar e respeitar os princípios do direito, em especial os contidos na Carta Magna, significa dizer que agir de modo diverso implica na transgressão da legitimidade democrática, ou seja, ele deve abster-se de julgar de acordo com suas convicções pessoais em detrimento do mandamento constitucional.

Para ARAÚJO, Cícero¹⁴:

Mas o deslocamento só significa um aperfeiçoamento moral se supusermos que a ação representativa seja capaz de produzir um passo à frente na experiência social da igualdade e da liberdade: a abertura de passagens para um patamar superior desses dois valores, instigando a esperança não apenas como uma afecção individual, mas como um sentimento social difuso. Ou seja, é preciso que o movimento da sociedade – entendido agora como o todo Estado mais sociedade – não seja apenas um processo não intencional, mas também um progresso efetivo, deliberadamente conquistado.

Destarte, para que se produza a eficaz justiça devem ser considerados para a fundamentação decisória o contexto constitucional e a vontade fim do legislador no caso concreto, pois dele decorre a representatividade social, de modo que o julgador não deve usar de seus conceitos e posições pessoais ou políticas como motivação ou razão de decidir, significa, pois, dizer que o alicerce do Estado e das decisões judiciais é o princípio democrático, que outorga representatividade popular às autoridades democraticamente investidas do poder do Estado.

6. Conclusão

A Reforma Trabalhista, portanto, trouxe em seu bojo, normas que modificaram profundamente as relações de empregador e empregado,

¹⁴ARAÚJO, Cícero. Legitimidade democrática, igualdade e desigualdade. Disponível: https://www.researchgate.net/profile/Cicero_Araujo/publication/262744557_Democratic_legitimacy_equality_and_inequalitye/links/0c96053c6f7b734115000000/Democratic-legitimacy-equality-and-inequalitye.pdf. Acesso em 05/09/2019.

em notório prejuízo a este último, seja no âmbito do direito material, quanto no direito processual. Contudo, com relação ao ônus probatório e a aplicação do princípio da primazia da realidade, se pode verificar a confluência de pensamentos entre o posicionamento doutrinário e jurisprudencial havidos pelos tribunais, sendo que há características fundamentais e determinantes que devem ser preenchidas e efetivamente demonstradas, principalmente através de provas testemunhal e documental, sem prejuízo das demais admitidas no campo jurídico, para que seja evocado o Princípio da Primazia da Realidade em favor do reclamante, entretanto, somente a análise do caso concreto poderá responder quais os meios mais adequados a serem utilizados pelo operador jurídico, que os deverá apresentar no rosto da lide.

As conquistas da CLT que em sua essência acompanhava a evolução social com as mudanças que haviam sido realizadas em seu texto, como também, com a jurisprudência consolidada dos Tribunais, foram desmanteladas em decorrência da Reforma Trabalhista. Estas mudanças atingiram tão sensivelmente os trabalhadores tanto diante dos direitos individuais, coletivos, processuais, como também, possuem reflexos notórios na Previdência daquele trabalhador em si, como também na Previdência, como coletividade, contudo, permaneceu hígida a aplicação do Princípio da Primazia da Realidade sobre as formas na seara Juslaboral.

Referências

- ARAÚJO, Cícero. Legitimidade Democrática, Igualdade e Desigualdade. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Cicero_Araujo/publication/262744557_Democratic_legitimacy_equality_and_inequalitye/links/oc96053c6f7b73411500000/Democratic-legitimacy-equality-and-inequalitye.pdf. Acesso em 05 nov. 2019.
- BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 20 jun. 2019.

BRASIL, Constituição República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.938 Distrito Federal. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341223346&ext=.pdf>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. TRT-PR-00954-2008-242-09-00-7-ACO-19072-2009-1A.TURMA.Relator Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DJPR em 19 jun. 2009. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>. Acesso em 23 set. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho, A Reforma Trabalhista no Brasil. 2.ed. LTR. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho, Curso de Direito de Trabalho. 9.ed. LTR. 2010.

FILHO; Manoel Antonio Teixeira. O Processo do Trabalho e a Reforma Trabalhista. 2.ed.2018.

IBGE, DESEMPREGO SOBE PARA 12,7% COM 13,4 MILHÕES DE PESSOAS EM BUSCA DE TRABALHO. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/24283-desemprego-sobe-para-12-7-com-13-4-milhoes-de-pessoas-em-busca-de-trabalho>. Acesso em 18/06/2019.

KERTZMAN, I.; LAPA, A. N..Curso Prático de Direito do Trabalho. 2.ed.2018.

NASCIMENTO, A. M.; NASCIMENTO, S. M. Iniciação ao Direito do Trabalho, 41. ed. LTr. 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios do Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTR. 2004.

Contrato intermitente: uma análise das inconstitucionalidades da Lei 13.467/2017

*Katleen Corenti Padovani **

*Maria Emília Ferreira de Sousa ***

1. Introdução

O advento da reforma trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, inseriu o contrato de trabalho intermitente como nova espécie de contratação individual no ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, essa nova modalidade de contratação constituída de inovações rompeu paradigmas, visto que altera requisitos formais para configuração da relação de emprego e contraria o texto constitucional.

Nesse sentido, considerando se tratar de um instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro e ainda pouco explorado, o presente estudo visa demonstrar que o referido contrato individual se encontra eivado de inconstitucionalidades, visando propiciar reflexões acerca de sua implementação para não haver a supressão de direitos do trabalhador.

Ademais, será evidenciado que a alteração legislativa contém um limbo de omissões que colocam em xeque a garantia da melhoria da condição social do trabalhador e evidenciam a subjugação total da figura do trabalhador ao empregador.

*Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: katleenpadovani@gmail.com. Vinculada ao projeto de pesquisa "PERSPECTIVAS DO DIREITO INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEO: (IN)CERTEZAS UM MUDO EM TRANSFORMAÇÃO E OS DESAFIOS PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA" da UEL.

**Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina. E-mail: mimaa.sousa@gmail.com.

Por fim, frisa-se destacar a tentativa do legislador em transferir as problemáticas advindas da inserção da reforma trabalhista sem a devida dosimetria dos reflexos e contradições ao texto de lei previdenciário, ferindo diversas normas e preceitos constitucionalmente garantidos a figura hipossuficiente do trabalhador.

2. O contrato de trabalho intermitente

A reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017 foi proposta eivada de interesses dos empregadores, favorecendo setores econômicos e exacerbando um massacre aos direitos da classe trabalhadora, base da economia nacional. Na contramão de direitos instituídos pela Constituição Federal, cria-se a figura do contrato de trabalho intermitente, disciplinado pelo artigo 443, parágrafo 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho, prevendo ser:

a prestação de serviços, com subordinação, não contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Na conceituação do contrato de trabalho intermitente entende-se pela prestação de serviços descontínua, ou seja, não existe prazo determinado e fixação de jornada, por exemplo, mas a ideia de relação empregatícia é auferida, pois é estabelecida subordinação. Argumenta o legislador que a inserção dessa modalidade de emprego é, na realidade, a regulamentação dos trabalhos eventuais, os chamados *bicos*, que estão presentes na realidade de milhares de brasileiros.

A espécie de contrato de trabalho autoriza alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, de acordo com a vontade das partes, independentemente do tipo de atividade que será desenvolvida pelo empregado, com vedação apenas para a categoria de aeronautas, que será regido por lei própria.

Assim, constata-se a primeira omissão legislativa, uma vez que não há limitações de categorias que poderão utilizar-se da contratação de trabalhador intermitente. Tal fato afasta-se do argumento inicial utilizado para pautar a necessidade de regulamentação dos trabalhos intermitentes, visto que teoricamente pretendia positivar direitos aos trabalhadores que possuíam jornadas de trabalho que cessam e recomeçam por intervalos temporais de dias ou meses.

Dessa forma, a solução plausível seria a limitação da contratação aos serviços compatíveis com o tipo de contrato, como os serviços em hotéis, restaurantes e bares, para que contratos estáveis não sejam transformados em intermitente.

Além disso, apresenta-se o período de inatividade como uma possibilidade ao trabalhador de prestar serviços a outros empregadores, seja pela modalidade do próprio contrato intermitente ou qualquer outra existente na legislação trabalhista. No entanto, na prática, tal facilidade configura-se como uma falácia, uma vez que não existindo fixação da jornada de trabalho, o trabalhador fica sujeito ao chamado do tomador de serviços, podendo, inclusive, ser solicitado por dois empregadores diferentes para realizar trabalhos no mesmo lapso temporal.

2.1 A forma de contratação e convocação

A contratação dar-se-á por meio da regulamentação disposta no artigo 452-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, celebrado por meio escrito e obrigatoriamente deverá conter o valor da hora de trabalho, que não poderá ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou dos trabalhadores do mesmo estabelecimento, que exerçam a mesma função.

Ocorre que não há previsão legislativa referente à quantidade mínima e máxima de horas da jornada de trabalho, nem da fixação dos dias para a realização do serviço; o que na prática, se concretiza como uma instabilidade jurídica que acaba por impossibilitar ao trabalhador o planejamento da sua vida pessoal e profissional.

Ademais, a convocação do empregado para prestação de serviços deverá ser realizada com 3 (três) dias corridos de antecedência por qualquer meio eficaz, não havendo previsão legislativa acerca de qual meio de comunicação poderá ser utilizado, mas para conferir respaldo às partes, preferível que seja por instrumento que possa ser documentalmente registrado o ato.

Por sua vez, o empregado terá o prazo de 1 (um) dia útil para responder a convocação, sendo que na hipótese de recusa não estará prejudicado a subordinação da relação de emprego. Em tese, a recusa por parte do empregado para a prestação de serviço não lhe acarretaria nenhum ônus, no entanto, cumpre destacar que o empregador, certamente, estabelecerá uma ordem de preferência nos chamados para aqueles que costumam ter uma assiduidade, ou seja, aqueles que, por qualquer razão, recusarem de forma reiterada os chamados, deixarão de recebê-los.

Nesse aspecto, é de imprescindível destaque a situação de vulnerabilidade que as omissões desse tipo de contrato oferecem ao trabalhador, pois, ficará diretamente ligado a critérios subjetivos ligados ao juízo de valor dos empregadores.

Se aceita a oferta para prestação de serviço, a parte que descumprir a convocação, sem justo motivo, ficará obrigada a pagar à outra o importe correspondente a 50% (cinquenta por cento) da remuneração devida no prazo de 30 (trinta) dias, conforme dispõe o artigo 452-A, parágrafo 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

No entanto a legislação não prevê a obrigação do empregador em remunerar o empregado quando o descumprimento se der por justo motivo, transferindo os riscos da atividade laborativa ao trabalhador e causando insegurança jurídica.

Nesse sentido, Laraia aponta que

A lei não esclarece quais seriam as justificativas aceitáveis. O justo motivo previsto no § 4º do artigo 452-A é muito subjetivo, sendo pacífico que as faltas legais, previstas no artigo 473 da CLT, que configuram interrupção do contrato de trabalho, por exemplo, falecimentos, casamento, nascimento do

filho, doação de sangue, exigências do serviço militar, além do comparecimento a juízo, acompanhamento do filho em consulta médica, dentre outros, também seriam justificativas possíveis. Nessas hipóteses o empregado não terá a obrigação de pagar a multa ao empregador; entretanto, mesmo sendo uma ausência justificada, o empregador não está obrigado a pagar a remuneração ajustada (LARAIA, 2018, p. 171).

2.2 Alteração na relação de emprego

A doutrina majoritária instituiu requisitos objetivos para caracterização do vínculo empregatício, estabelecendo que o serviço deve ser prestado por pessoa natural e deve estar presente os seguintes requisitos: pessoalidade, característica da infungibilidade da pessoa contratada; onerosidade, identificado pela contraprestação monetária pelo serviço prestado; habitualidade, evidenciado por rotina preestabelecida entre as partes; e subordinação aos comandos do empregador.

Todavia, esta nova modalidade empregatícia modificou a interpretação da relação de emprego tradicional, avaliado, por exemplo, com a alteração no entendimento dos requisitos de habitualidade e subordinação.

Ao passo que, a habitualidade passou a ser relativizada, considerando que o empregador convocar-se-á o empregado de acordo com a demanda de serviços, sem estabelecer quando, quantos e em quais dias irá trabalhar, proporcionando instabilidade ao empregado.

E também, o requisito da subordinação sofreu flexibilização, tendo em vista que pode o empregado recusar o aceite da proposta de convocação para prestação do serviço, sem ser considerado ausência de subordinação, conforme disposto pelo artigo 452-A, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

3. Inconstitucionalidades do contrato intermitente

Ao analisar as disposições legislativas acerca do contrato intermitente, verificam-se omissões e incertezas sobre o instituto que acabam por precarizar os direitos trabalhistas. As mudanças atuam no sentido

inverso do trabalho como garantia de progresso social, e das finalidades estabelecidas no projeto de lei n. 3.785 de 2012, que instituiu o trabalho intermitente.

Não obstante as omissões demonstrar-se-á que o instituto se encontra eivado de afrontes aos princípios e ao texto constitucional, gerando instabilidade jurídica e agindo como uma norma que acaba por relativizar direitos fundamentais.

3.1 Dignidade da pessoa humana

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”.

Nesse viés, a Carta Magna também estabelece em seu artigo 1º, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, conferindo caráter pétreo à norma.

Dessa forma, as relações devem garantir referido direito à todas as pessoas, inclusive na relação de trabalho.

Ocorre que, há afronte à dignidade da pessoa humana quando o trabalhador não possui condições mínimas para programar sua vida social, pois o contrato intermitente não prevê requisitos prévios sobre a contratação e a jornadas de trabalho.

É retirado do trabalhador a possibilidade de construir uma rotina com sua família e de planejar compromissos a longo prazo, visto que poderá ser surpreendido com a convocação de trabalho e diante da necessidade de auferir renda, restará em uma condição de sub-rogação ao empregador.

Nesse sentido, afirma PatriciaMaeda que,

No que tange à constitucionalidade do contrato de trabalho intermitente, entendemos que essa condição de trabalho afronta a dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), pois a norma jurídica que o prevê coloca o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento,

maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial. Este rebaixamento de *status* civilizatório contraria, ao mesmo tempo, a vedação de tratamento desumano (art. 5º, III) e a finalidade constitucional do direito do trabalho da melhoria da condição social do trabalhador (art. 7º, *caput*). (MAEDA, 2017, p. 324).

Resta claro que o artigo 452-A, da Consolidação das Leis do Trabalho afronta aos artigos 1º, inciso III; 5º, inciso III; e 7º, todos da Constituição Federal.

3.2 Salário mínimo

Como forma de garantir a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal garante em seu artigo 7º, inciso IV, que o trabalhador receberá pelo seu trabalho contraprestação monetária com valor que não inferior ao salário mínimo nacional conferido em lei.

Nessa perspectiva, o artigo 7º, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, disciplina que

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

- a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:
 - i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;
 - ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto.

E que referido valor deverá ser capaz de atender a necessidades básicas da família com moradia, alimentação, educação, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Todavia, a modalidade de contratação intermitente não garante o recebimento de um salário mínimo, permitindo que o trabalhador receba valor inferior, pois só receberá remuneração pelo período de prestação

de serviço, podendo não receber qualquer quantia se não for convocado para o trabalho.

Nessa perspectiva, Maria Laiara afirmou que

A insegurança nessa modalidade contratual gera para o trabalhador intermitente ansiedade, estresse e problemas para o equilíbrio entre o trabalho e a vida pessoal, pois não é possível saber quando será chamada para o trabalho, se receberá o suficiente para pagar as contas, se haverá contribuição social, se haverá algum auxílio previdenciário nas hipóteses de acidente de trabalho, doença ou maternidade. (2018, p. 197)

Evidenciando-se a inobservância ao texto constitucional e a possibilidade de precarização da vida digna do trabalhador e sua família.

3.3 Jornada de trabalho

Nas disposições da Consolidação das Leis do Trabalho acerca do contrato intermitente, se observa a indeterminação da carga horária de jornada de prestação de serviço e dos períodos de intervalos intra e interjornadas.

Ainda, o lapso temporal de inatividade não é considerado tempo à disposição do empregador, assim, há impossibilidade da aplicação do disposto no art. 244, § 2º da CLT, uma vez que o tempo parado não se enquadra como de sobreaviso, logo se impossibilita a remuneração deste.

A ausência de remuneração aos períodos de inatividade diverge do exposto no artigo 7º, inciso XV, da Carta Magna, evidenciando mais uma inconstitucionalidade e precarização na condição de trabalho.

O disposto pauta-se na argumentação de poder o empregado prestar serviços a outros empregadores, no entanto, se materializa na sua total subjugação, uma vez que não existe limitação temporal para sua convocação, o que fere a delimitação constitucional da duração do trabalho, assim como transfere os riscos da atividade econômica a parte hipossuficiente da relação empregatícia. Sendo assim, tais disposições se apresentam como uma ilegalidade e, se concretizam, com a relativização de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Dessa forma, o contrato intermitente

não só viabiliza eliminar (ou restringir) diversas parcelas e garantias inerentes a contratação empregatícia padrão, tais como, por exemplo, tempo à disposição, intervalo intra e interjornadas, descansos semanais remunerados, descansos em feriados. Tornando, com essa estratégia, muito mais desvalorizado, precário, barato mesmo, o trabalho humano. (DELGADO, 2019, p. 673)

Salienta-se que diante de contrariedades cabe a aplicação suplementar da norma constitucional, assim, deve o empregador observar o período máximo de jornada estabelecido no artigo 7º, incisos XIII e IV, da Constituição Federal, bem como as disposições acerca dos períodos de intervalos disciplinadas na Consolidação das Leis do Trabalho.

3.4 Férias

Conforme disposto no § 9º do artigo 452- A da CLT, após doze meses subsequentes de trabalho o empregado gozará do direito de um mês de férias e, durante esse período, não poderá ser convocado para prestar serviços para o mesmo empregador. Ocorre que a legislação do contrato intermitente não veda a prestação de serviço para outros empregadores diversos daquele em que as férias foram concedidas.

Sendo assim, caso o empregado deseje procurar outros serviços para complementação da renda no lapso de suas férias, como não há vedação, ele está autorizado por lei, o que fere diretamente o direito ao repouso, se concretizando em uma afronta direta a dignidade da pessoa humana. O descanso remunerado em sua essência pauta-se na ideia de garantir repouso necessário a recuperação de sua saúde física e mental que se fragilizam ao longo dos meses trabalhados, por isso, se apresenta como um preceito fundamental constitucionalmente protegido.

Ao tocante a essa análise, Jair Aparecido Cardoso dispõe:

Assim, o descanso, além de prevenir a fadiga, é para o homem direito de proteção à vida e elemento de inserção social; é elemento essencial de seu

legítimo direito de viver livremente, de acordo com seu projeto de vida. O descanso, nesse sentido, visa a proteger o ser humano em sua plenitude para seu pleno desenvolvimento como ser social. Por isso, protege sua vida, sua saúde, seu projeto de vida e suas relações. (2015, p.10)

3.5 Melhoria da condição social do trabalhador

A redação do caput do artigo 7º da Constituição Federal sujeita os direitos dos trabalhadores à melhoria de sua condição social, atrelando, assim, as normas e regulamentações que legislem sobre as relações de trabalho a ideia de condições para garantir aos empregados progresso social. Pautando-se na análise do empregado como parte hipossuficiente da relação de emprego, o contrato intermitente, por todas as lacunas existentes, apresenta-se como uma violação ao princípio do não retrocesso social, uma vez que não esgotadas as definições e alcances práticos desse tipo de contrato para o trabalhador, torna-se ferramenta supressora de direitos sociais do cidadão.

Toda e qualquer mudança no ordenamento jurídico, tratando-se do trabalhador, deve se objetivar para a expansão de direitos, sendo eminentemente inconstitucional, o Estado, através das legislações, reduzir ou relativizar direitos fundamentais postos. Evidentemente uma lei que abre possibilidades de recebimento salarial inferior ao salário-mínimo, jornadas de trabalho indeterminadas, por exemplo, se concretiza em um instrumento relativizador de direitos, deixando explícito o seu caráter de afronta à norma constitucional.

Para tanto, destaca-se que:

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, decorrente do denominado bloco de constitucionalidade, tendo sua matriz axiológica nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo, com carga valorativa eficiente própria. Tal princípio alude à ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder, ou seja, não pode praticar algum ato que

vulnere um direito que estava passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente. (MELO, 2010, p. 65)

4. Análise do impacto do contrato intermitente no sistema da previdência social

Em agravo ao exposto, referindo-se ao direito social a previdência social (art. 6, da CF), destaca-se a instabilidade jurídica causada pela implantação da reforma trabalhista sem as devidas adequações a legislação previdenciária, especificamente ao que tange ao contrato de trabalho intermitente, e seus desdobramentos supressórios como a elaboração da Medida Provisória 808/2017, que não se ratificou no Congresso Nacional. Diversas inconsistências entre as legislações trabalhista e previdenciária se evidenciam com caráter excludente da reforma para com a classe trabalhadora e a objeção desta ao acesso dos benefícios concedidos pelo sistema da previdência social.

4.1 Recolhimento das contribuições previdenciárias

Dispõe o artigo 201 da Constituição Federal que “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei...”. Sendo assim, para que o empregado afigure qualidade de segurado, requisito para a concessão das benesses previdenciárias, deverá verter contribuições previdenciárias de acordo com a sua modalidade empregatícia.

Ao que se refere o contrato intermitente de trabalho, o artigo 452-A da CLT em seu § 5º, destaca que no lapso de inatividade o empregado não se encontra a disposição do empregador, logo, não existe a obrigatoriedade do recolhimento previdenciário desse lapso por parte do tomador de serviços o que, conseqüentemente, descaracteriza o trabalhador nesse período como segurado contribuinte da previdência social. Ademais, o pagamento por horas de trabalho previsto no caput do mesmo artigo,

incide na contabilização do tempo de serviço deste empregado, o que impossibilitará o preenchimento deste requisito indispensável, por exemplo, a aposentadoria por tempo de contribuição.

A já mencionada Medida Provisória nº 808/2017 previa em seu texto que o trabalhador intermitente que recebesse valor mensal inferior ao salário mínimo, para assegurar sua vinculação à previdência social e o consequente reconhecimento da contribuição para fins de tempo de serviço e carência, deveria complementar a diferença do valor até o salário-mínimo. Apesar da referida Medida Provisória não se apresentar vigente no ordenamento jurídico, materializa-se com a sua elaboração a tentativa do legislador em transferir, mais uma vez, os riscos da atividade financeira ao trabalhador.

A tentativa do legislador foi pautada na diversidade de financiamento da seguridade social (art. 195, *caput*, da CF), em que pretendia com a complementação captar recursos que pudessem balancear o sistema de custeio dos benefícios previdenciários, uma vez que, constitucionalmente, nenhum benefício da previdência terá valor menor que o do salário-mínimo, assim, pretendendo preencher as lacunas legislativas através de jogatinas que se materializariam na exclusão de diversos trabalhadores da cobertura de benefícios previdenciários.

É de cediço destaque, uma vez que as contribuições previdenciárias são de caráter obrigatório, que os trabalhadores com contratos de trabalho sob o regime de intermitência que tiverem suas contribuições recolhidas pelos empregadores proporcionalmente aos dias trabalhados, não atingirão o valor contributivo pautado no salário-mínimo. Deste modo, apesar de os recolhimentos feitos entrarem no custeio da previdência, adotaram um caráter confiscatório, visto que sem atender os requisitos de contribuição não farão jus às benesses do sistema previdenciário e, mesmo assim, terão contribuído para o sistema.

Portanto, o caráter inconstitucional do contrato intermitente se evidencia mais uma vez, isso devido à proibição constante no art.150 da Constituição Federal, que aponta a vedação do recolhimento de qualquer

tributo com efeito de confisco, além da equidade do custeio prevista no art. 194, inciso V. É por todo exposto, que resta claro que a alteração legislativa que acresceu o contrato intermitente na legislação trabalhista, é dotada de inconsistências, uma vez que sequer analisou e dosou os reflexos destes para um sistema previdenciário com regramentos específicos e objetivos.

Todas as tentativas do legislador de suprir possíveis lacunas, na verdade, evidenciaram-se em uma transferência de riscos da atividade econômica, que o empregador deveria assumir, ao empregado, parte hipossuficiente da relação empregatícia. A própria construção legislativa, que demonstra sérias e profundas omissões, se materializa como uma mudança elaborada pautando-se no interesse de empregadores e das classes de maior poder econômico.

Restam evidenciados os reflexos da reforma trabalhista nos aspectos práticos do trabalhador intermitente, relativizando preceitos constitucionais, como, por exemplo, a finalidade da Seguridade Social em buscar a justiça social. Também, destaca-se a relativização dos princípios da solidariedade e da garantia do mínimo existencial, visto que inseriu a parte hipossuficiente da relação empregatícia no limbo de incongruências legislativas ferindo o fundamento da dignidade da pessoa humana constante no art. 1º, inc. III, da CF.

5. Contrato intermitente e a ilusão do cidadão empregado

No cerce de sua implementação, o contrato intermitente pautou-se na prerrogativa de regulamentação de atividades com caráter eventual, de excepcionalidade. Após dois anos da reforma trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a criação de 101,6 mil vagas de emprego nessa modalidade, segundo dados advindos do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged).

Contudo, cumpre-se destacar que apesar de no primeiro momento o dado da criação de oportunidades de emprego pelo contrato de trabalho intermitente gerar uma impressão positiva, na contramão desse

crescimento está à redução drástica dos contratos trabalhistas formais em alguns lapsos. Essa inversão se materializa como uma precarização das relações de trabalho, isso, porque formalmente existe um vínculo em CTPS (Carteira Social da Previdência Social) de caráter intermitente, no entanto, não necessariamente o cidadão está exercendo atividade laborativa de prestação de serviços ao empregador, podendo se encontrar em período de inatividade.

A crescente do trabalho informal no Brasil, respaldada pela regulamentação do contrato intermitente com as lacunas e omissões que suprimem direitos fundamentais e colocam o trabalhador hipossuficiente em uma condição social de maior vulnerabilidade, evidencia um panorama de instrumentalização da força de trabalho do empregado. Tal afirmação se concretiza uma vez que, conforme legislado no § 5º do artigo 452-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, o período de inatividade não é considerado período em disposição do empregador, logo, não será remunerado; porém, na prática, o empregado fica esperando o chamado, incerto, do tomador de serviços, o que o torna um objetivo sempre a disposição do empregador.

A relação empregatícia, na modalidade intermitente, fica sujeita a liberalidade do empregador, ligada a subjetividade que aplicará em suas escolhas de quem solicitar para a prestação do serviço. No entanto, o contrato de trabalho intermitente é um subtópico de uma reforma trabalhista que prometeu gerar dois milhões de empregos em dois anos e, atualmente possui 12,6 milhões de desempregados, conforme dado do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

6. Considerações finais

Diante de análises doutrinárias, forçoso concluir que a contratação empregatícia por meio de trabalho intermitente embora tenha se inserido na Consolidação das Leis do Trabalho sob argumentos aparentemente favoráveis à classe trabalhadora, objetivando resultados

positivos no âmbito econômico, apenas tende a favorecer empregadores, relativizando direitos fundamentais em afronta ao texto constitucional, causando instabilidades e tornando mais barato o trabalho humano.

Ademais, embora a modalidade de contratação seja válida e não seja reconhecida a inconstitucionalidade dos artigos inseridos pela reforma trabalhista, cabe à jurisprudência firmar entendimento que não prejudiquem trabalhadores, visando impedir que empregadores alternem empregos permanentes, contratados pela forma padrão, por empregos de contrato de trabalho intermitente.

Importante frisar que todo o processo legislativo da reforma trabalhista foi feito às pressas, sem as devidas dosimetrias dos alcances e reflexos da lei nas condições sociais dos trabalhadores, efetivando um verdadeiro massacre de direitos e criando uma legislação dotada de inconstitucionalidades. Sob a falácia do aumento do nível de emprego, empresários de setores altos da sociedade deliberaram e negociaram os direitos trabalhistas da parte hipossuficiente das relações empregatícias, os trabalhadores.

Por fim, em caráter suplementar às omissões legislativas acerca da contratação intermitente, cabe ao entendimento doutrinário e jurisprudencial zelar pelos direitos fundamentais dos trabalhadores dispostos em tratados internacionais e na Constituição Federal.

Referências

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica.**

Revista Eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 8, n. 74, p. 54-73, dez. 2018/jan. 2019. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/150638>>. Acesso em: 20 set. 2019.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social.** 8ª. ed. São Paulo: LTr, 2016.

CAVALLINI, Marta. Em quase 2 anos de reforma trabalhista, 15% das vagas criadas no país são para intermitentes. **G1**, 25 set. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/2019/09/25/em-quase-2-anos-de-reforma-trabalhista-15percent-vagas-criadas-no-pais-sao-para-intermitentes.ghhtml>>. Acesso em: 25 set. 2019.

D'AMORIM, Mariana Correa. **O Contrato de Trabalho Intermitente**. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Estadual da Bahia, Salvador, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LARAIA, Maria Ivone Fortunato. **Direito fundamental ao trabalho digno e o contrato de trabalho intermitente**. 2018. 249 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

MAEDA, Patricia. **“Contrato de trabalho intermitente”**, in MAIOR, J. I.S. e SEVERO, V.S. *Resistência*, São Paulo: Expressão Popular, 2017.

MIESSA, Élisson., CORREIA, Henrique (org.). **A Reforma Trabalhista e seus Impactos**. Salvador: Editora jusPODIVM, 2018.

Benefícios assistenciais à luz do acesso à justiça e a reforma do sistema previdenciário

*Rodrigo Alderete Onishi*¹

*Priscila Aparecida Perez Viana*²

1. Introdução

A Constituição Brasileira de 1988 diz em seu artigo 203, dispõe que quem necessitar de assistência social o Estado dará guarida:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Não raras vezes tais direitos assegurados na carta magna não ultrapassam o limbo da teoria, ou seja, não chegam à sua real efetividade, constatação gravíssima, sobretudo no que concerne aos direitos sociais.

¹ Autor: Especializado em Direito Previdenciário pela Complexo Educacional Damásio de Jesus.

² Coautora: Graduada pela Faculdade União Dinâmica de Faculdades Cataratas (UDC).

O artigo supramencionado tem como um dos objetivos assegurar os direitos sociais por meio da assistência social, sendo um dos benefícios conhecidos, o de assistência ao idoso ou ao deficiente que beiram a miserabilidade, regulamentado pela lei orgânica da assistência social, Lei 8.742/93, gerenciado e concedido pelo Instituto Nacional do Seguro Social.

Cumprir destacar que esses benefícios assistenciais da lei orgânica não têm natureza previdenciária e, sim, trata-se de uma política pública de combate à pobreza efetivado pelo sistema da seguridade social.

O presente estudo também anda de mãos dadas com judicialização da política, que pode ser definida basicamente pela transferência de local de debate: temas tipicamente políticos passam a ser discutidos no âmbito do Poder Judiciário, não se restringindo apenas às esferas do Executivo e do Legislativo.

A convergência na executoriedade e efetividade de direitos fundamentais em direção ao poder judiciário, sobrepondo o poder legislativo e judiciário, vem há muito tempo tornando-se intrínseco ao sistema jurídico.

“Trata-se de um fenômeno irreversível, uma realidade observada pós-segunda Guerra Mundial e de forte presença nos países que sofreram períodos de ditadura durante a segunda metade do século XX, como forma de resgatar o Estado de Direito, depositando no Direito e no Poder Judiciário grande responsabilidade na construção do Estado Democrático de Direito”, (XIMENES, 2015, p. 2).

A nova concepção de mundo e sociedade aduz por consequência um Estado que garanta aos seus membros bem-estar social e justiça social.

Nos dizeres de Eduardo Rocha e José de Macêdo (2008, p. 31):

Em síntese, uma visão do Estado Social superadora dos postulados liberais, nos quais reinava o império da autonomia da vontade. A complexidade da sociedade, a luta de classes, a profissionalização, os ideais socialistas, operados principalmente a partir do século XIX, formaram o pano de fundo para essa nova visão de Estado.

As políticas sociais com o instrumento da seguridade social tendem ao objetivo último da justiça social.

2. Benefício assistencial

Salienta-se que a natureza dos benefícios assistenciais tem como plano de fundo o combate à pobreza, fazendo parte de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, da Constituição Federal):

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

De acordo com a lição da professora Maria F. Santos:

Para a CF a Assistência Social é **instrumento de transformação social**, e não meramente assistencialista. As prestações de assistência social devem promover a integração e a inclusão do assistido na vida comunitária, fazer com que, a partir do recebimento das prestações assistenciais, seja “menos desigual” e possa exercer atividades que lhe garantam a subsistência. O art. 203 da CF foi regulamentado pela **Lei n. 8.742, de 07.12.1993**, a **Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS)**, alterada pela **Lei n. 12.435, de 06.07.2011**, que definiu a assistência social como *Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas*. (SANTOS, 2016, p. 881).

Erradicação à pobreza é o grande plano de objetivo sistêmico de amparo social. (BALERA, 2012, p. 17): “A pobreza e as desigualdades

sociais provocaram o abismo de injustiças que qualquer um constata não apenas no Brasil como em grande parte das nações do mundo.”

A função do benefício de assistência, consiste no estabelecimento de normas de atuação e no controle dos atos de cunho assistencial.

Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet *apud* Zacher (2017, p. 666):

A Constituição estabelece o marco de formas de organização e de procedimentos prestacionais estatais com os que se coordenam entre o Estado e sociedade, a um só tempo que ajuda o Estado a integrar suas estruturas no marco dos direitos fundamentais básicos e coopera para a racionalização e coordenação do poder estatal e social como processo público, acomodando os conflitos sociais dentro de um ordenamento que se pretende mais humanos para todos e perante todos.

O benefício de prestação continuada tem seu gerenciamento realizado pelo Instituto Nacional do Seguro Social, o que leva a população equivocadamente a acreditar que se trata de uma política previdenciária.

O LOAS como prestação social muitas das vezes permanece na ordem teórica ou tem difícil efetivação, ou seja, nesse contexto é fácil partir para um novo fenômeno, o da ampliação da judicialização das políticas públicas, fazendo com que o cidadão busque o poder judiciário para efetivar seus direitos sociais. Como por exemplo, saúde, assistência social, educação, meio ambiente, segurança pública, etc.

Especificamente, o benefício assistencial em prol do idoso ou do deficiente, via de regra, desagua no poder judiciário devido aos requisitos objetivos impostos pelo legislador, como auferir renda de, no máximo, $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, tornando dificultoso o acesso aos benefícios pelo cidadão, ora necessitado.

3. Acesso à justiça

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é sustentado pelo princípio direito fundamental do acesso à justiça, também denominado de

princípio do livre acesso ao Judiciário, ou ainda conforma Pontes de Miranda princípio da ubiquidade da Justiça.

Tal princípio garante a todos o ingresso ao poder judiciário, vejamos a letra da lei

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito

É o direito de ação, direito fundamental, no qual todos têm acesso à justiça para postulação de uma tutela jurisdicional, seja preventiva ou reparatória. Com maiores detalhes explica LENZA *apud* KAZUO WATANABE (2016, p.1300):

Prefere-se, ainda, seguindo a doutrina mais abalizada, a expressão ordem jurídica justa a acesso à Justiça ou ao Judiciário. Isso porque, segundo a feliz distinção de Watanabe, “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem* jurídica justa.”

O Estado Democrático de direito pegou para si a tutela dos sujeitos de direito, estabelecendo um dever-ser³ obrigacional, em contrapartida o Estado-juiz, tem sua obrigação de garantir direitos, não raras vezes fundamentais.

O professor Pedro Lenza em aula magna na tribuna da 2º turma do Supremo Tribunal Federal, transmissão realizada pela TV Justiça, fez uma exemplifica com uma curiosa comparação. Diz ele que o princípio do acesso à justiça é semelhante a uma típica relação de consumo, haja

3 (1998, p. 75) *ibid*: Em nenhuma sociedade poderia existir e atuar uma ordem ética, ou seja, um conjunto de normas de conduta e de julgamento sem que tivesse correlação com um sistema de valores e de representações: valores e representações que dão sentido às normas, fundamentando o seu entendimento hermenêutico, e que vinculam o “plano” das normas ao mundo social historicamente real. No caso dos ordenamentos jurídicos, a existência de uma “plano” normativo cobra sentido por sua correlação com pautas hermenêuticas e com representações (e valores) que o tornam inteligível.

vista que jurisdicionado é um consumidor do serviço chamado de jurisdição, posto que o fornecedor desse serviço seria o Estado-Juiz. Por derradeiro Estado-Juiz, promete um serviço, logo o serviço fornecido e de forma eficiente.

O princípio supramencionado, tem estreita ligação com o direito fundamental, da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º inciso III, da Constituição Federal do Brasil.

O benefício de prestação por ser objeto de política social pública, levanta e aguça o ativismo no poder judiciário, ou seja, é intervenção exercida pelo judiciário nas prestações à pessoa pobre idosa ou deficiente.

(BRANCO e MENDES, 2017, p. 415) *apud* Pontes de Miranda:

O problema técnico de aviventar os marcos entre o domínio judiciário dos outros Poderes, executivo e legislativo, é árduo. Tanto mais árduo quanto se sabe que é preciso pô-lo em termos decisivos e nítidos: exercer o Poder Judiciário toda a sua competência, quer dizer: não deixar, por timidez, por escrúpulo, por temor da opinião pública do momento, ou da tendência maior da imprensa, de apreciar e julgar onde os princípios da estrutura americano-brasileira lhe permitem que aprecie e julgar; e não exercer a função de julgar onde não está a linha da sua competência. Não ir além, porém não abster de ir até onde pode e, pois, deve.

Neste contexto o poder judiciário é alvo de ações na o qual questiona-se o requisito do máximo de $\frac{1}{4}$ do salário *per capita* para concessão da referida prestação.

Este requisito nada mais é do que determinar de forma objetiva quem é pobre ou não, ao que parece é desarrazoada estabelecer que se a família do idoso ou do deficiente tiver renda mensal superior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo já não caracteriza uma família pobre, não há como estabelecer miséria de forma objetiva, ainda mais dentro de uma sistematização de normas e políticas de combate à pobreza.

A questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 1.232, na qual houve a impugnação da constitucionalidade do art. 20, §3º da lei 8.742/93, declarou que tal

dispositivo estava integralmente consonante com a Constituição Federal, e que outros critérios para concessão deveriam ser analisados pelo legislador. (ADI 1.232):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

(ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095)

Neste aspecto o plano de fundo era que o poder judiciário por meio da suprema corte demonstrava que não era apenas um órgão hermenêutica da norma fria, mas sim teve mais uma oportunidade para fincar o acesso à justiça na vida real. (BRANCO e MENDES, 2017, p. 725):

Esse fato deixava claro cada vez mais, que a interpretação da LOAS pleiteado pelo Ministério Público da ADI 1.232 não era apenas uma opção hermenêutica, mas uma imposição que se fazia presente nas situações reais multifacetadas apresentadas aos juízes de primeira instância. Entre aplicar friamente o critério objetivo da lei e adotar a solução condizente com a realidade social da família brasileira, os juízes abraçaram a segunda opção, mesmo que isso significasse a criação judicial de outros critérios não estabelecidos em lei e, dessa forma, uma possível afronta à decisão do STF.

Mesmo a referida decisão do STF assinalando a constitucionalidade da renda mensal familiar limitado a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo *per capita*, não pôs termo à controvérsia, pois o poder judiciário, principalmente os tribunais de primeira instância continuaram decidindo que o requisito objetivo do §3 do art. 20 da lei 8.742/93 não é exaustivo.

Por conseguinte, muitas reclamações chegaram ao STF, que novamente reafirmou jurisprudência da ADI 1.232.

Somente com a reclamação constitucional 4.374 de 2013 é que a suprema corte revisou o julgado da ADI 1.232, que relativizou o critério objetivo (renda *per capita* de até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo), reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão, sem pronúncia de nulidade e sem fixar o prazo para o legislador eleger novos parâmetros. Rcl 4.374:

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo fosse concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovassem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balançar de olhos” entre objeto e parâmetro da

reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. 4. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente (Rcl 4374, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013)

A partir desta decisão a corte máxima autorizou os tribunais utilizarem outros critérios para estabelecer o que é pobreza. (CASTRO e LAZZARI, 2017, p. 575):

Embora reconhecidos como inconstitucionais, não houve a declaração de nulidade do art. 20, § 3º, da LOAS, e do art. 34,

parágrafo único, do Estatuto do Idoso. Entretanto, a aplicação desses dispositivos deve ser conjugada com o § 11 do art. 20 da Lei n. 8.742, de 1993 (redação conferida pela Lei n. 13.146, de 2015), o qual prevê que poderão ser utilizados outros elementos probatórios da condição de miserabilidade do grupo familiar e da situação de vulnerabilidade, conforme regulamento (norma aplicável a partir de 3.1.2016).

O que levou essa mudança foi que o plenário do STF percebeu que o julgamento proferido em 1998 (ADI 1.232), fora proferida pouco anos após a edição da LOAS (1993), em contexto econômico social específico, ou seja, a economia brasileira mudara completamente no transcorrer desse período.

Sendo que no mesmo dia do importantíssimo julgado (Rcl 4.374), foi julgado o recurso extraordinário 580.963, corroborando pela inconstitucionalidade parcial do §3º do art. 20 da lei 8.742/93.

Benefício assistencial de prestação continuada ao idoso e ao deficiente. Art. 203, V, da Constituição. A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. 2. Art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993 e a declaração de constitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232. Dispõe o art. 20, § 3º, da Lei 8.742/93 que “considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo”. O requisito financeiro estabelecido pela lei teve sua constitucionalidade contestada, ao fundamento de que permitiria que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do benefício assistencial previsto constitucionalmente. Ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232-1/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do art. 20, § 3º, da LOAS. 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e Processo de inconstitucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e

de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas. O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

(RE 567985, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013)

A jurisprudência pátria, embora tenha considerado que faltavam outros requisitos para uma real análise sobre concessão do benefício de prestação continuada deixou para o executivo e principalmente para o legislativo eventual modificação do requisito da renda familiar *per capita*.

Uma saliente reforma aproxima-se e seria a chance do legislador e do executivo de reparar esta celeuma jurídica tão impactante no mundo fático, a proposta de emenda constitucional 6/2019 em como o intuito de reformar toda previdência, também tem como objeto alterações na prestação continuada social.

Ocorre que a PEC 06/2019 apenas alterou a renda mensal do benefício em comento em seu art. 41, estabelecendo que a renda mensal do idoso ou deficiente em condições de miserabilidade seria de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para pessoas de até 75 anos de idade.

Percebe-se que o reformador não alterou nada no que diz respeito aos outros requisitos de ordem subjetiva, então ao que tudo indica permanece o requisito objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo para comprovação de miserabilidade.

A PEC 06/2019 passou pela câmara dos deputados e dos males o menor os artigos referentes ao LOAS foram suprimidos, ou seja, a proposta irá para o senado federal com nenhuma alteração normativa na atual dinâmica dos benefícios assistenciais. Emenda Modificativa Câmara dos Deputados PEC 06/2019:

O cenário desenhado pela PEC é totalmente contrário ao projeto constitucional erigido pelo legislador constituinte. O que se verifica é um total desrespeito ao postulado do art. 3º, III, da CF/88, que elege como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza e marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais.

Ademais na mesma emenda deixou transparecer qual será o a mens legislatoris com relação ao requisito da miserabilidade, haja vista que o poder judiciário já manifestou pela constitucionalidade do dispositivo inerente.

[...]

Para fins de concessão do BPC a PEC ainda traz em seu bojo critérios eivados por inconstitucionalidade, na medida em que institui, como condição para aferição da miserabilidade, a renda per capita inferior a um quarto do salário-mínimo (art. 203, §1º, I da PEC 06/2019), entendimento já superado pelo STF no julgamento da Reclamação (RCL) 4374, julgada improcedente pelo plenário da Corte, a partir da declaração a inconstitucionalidade incidental do art. 20, §3º da LOAS (Lei nº 8.742/93), sem determinar, no entanto, a nulidade da norma, conforme demonstrado no informativo nº 702 do STF.

Neste ponto reluz a *mens legislatoris* de reafirmação do julgado do STF, que declarou constitucionalidade, mas que pode ser levado em consideração outros critérios, permanecendo o legislador inerte e perdendo a oportunidade de transformar em lei os mesmos parâmetros usados pelo judiciário para analisar o requisito da miserabilidade.

Ao que tudo indica o senado caso não altere às emendas modificativas da câmara dos deputados, o *status quo* ativista do poder judiciário com relação ao LOAS continuará sendo o normal jurídico.

4. Considerações finais

Em razão das peculiaridades legislativas para concessão dos benefícios sociais acima mencionados, uma possível reforma da previdência tornaria esse acesso ainda mais distante de um mínimo razoável para uma vida digna, por conta dos eventuais novos requisitos a serem estabelecidos.

Enquanto o poder judiciário for o meio por excelência para garantir direitos sociais e executar políticas públicas, a judicialização, por mais criticada que seja nos meios acadêmicos, ainda é o único socorro daqueles que realmente necessitam de amparo social para ter sua dignidade humana assegurada além das previsões constitucionais, (BRANCO e MENDES, 2017, p. 732):

Para além disso, mesmo considerando que não cabe, em princípio, ao judiciário, primariamente, a tarefa de universalizar e efetivar direitos sociais, pode-se concluir que é possível que a atuação jurisdicional contribua para o aperfeiçoamento das políticas públicas sociais. Importante, para isso, que sejam desenvolvidos modelos processuais adequados, tal como anotam Abramovich e Courtis: “Adequação dos mecanismos processuais para fazer com que o Estado cumpra com os direitos econômicos, sociais e culturais, pela via judicial, requer um esforço imaginativo que envolve novas formas de utilização dos direitos econômicos, sociais e culturais, como direitos; um certo ativismo judicial, que inclua uma dose de criatividade pretoriana, e uma proposta legislativa de novos tipos de ações capazes de viabilizar os reclames coletivos e as demandas de alcance geral perante os poderes públicos.”

Assim, a partir da premissa de que o benefício assistencial de prestação continuada é um direito de caráter fundamental, e haja uma exclusão individual devido a uma ausência legal. O poder judiciário deve ser chamado em prol do indivíduo social e economicamente necessitado ter o devido amparo do Estado.

Referências

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de, LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 20. ed. rev. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Lei Orgânica da Assistência Social**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm>. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Emenda Modificativa da PEC 06/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1758179&filename=EMC+271/2019+PEC00619+%3D%3E+PEC+6/2019>. Acesso em: 13 de ago. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação nº 1232**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%028Rcl%024%02ESCLA%02E+E+4374%02ENUME%02E%029+OU+%028Rcl%02EACMS%02E+ADJ2+4374%02EACMS%02E%029&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/awgnwxq>>. Acesso em 01 de set. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1232/DF**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%028ADI%024%02ESCLA%02E+E+1232%02ENUME%02E%029+OU+%028ADI%02EACMS%02E+ADJ2+1232%02EACMS%02E%029&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/atbjy5s>>: Acesso em 01 de set. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 580.963**. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%028RE%024%02ESCLA%02E+E+580963%02ENUME%02E%029+OU+%028RE%02EACMS%02E+ADJ2+580963%02EACMS%02E%029&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aobkgag>>. Acesso em 28 de ago. de 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. Aula Magna TV Justiça Supremo Tribunal Federal. 2007. (5min 27s).

Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=bxNLxYv-OKw&t=135s>>.

Acesso em 20 de jul. de 2019.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.**

12^oed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Curso de Direito Previdenciário Esquematizado.** 6. ed.

São Paulo: Saraiva, 2016.

Mobilidade urbana e direito à cidade

Experiências em educação jurídico-popular em direito à cidade com estudantes secundaristas de Santarém – PA

*Lucimar Naiara dos Santos Alves*¹

*Lorena Bastos da Costa*²

*JennaValéria Santos de Sousa*³

1. Introdução

A cidade de Santarém é a terceira maior do estado do Pará, sua população estima-se em 302. 667 mil habitantes (dados do IBGE, 2018), localiza-se na confluência dos rios Tapajós com o Amazonas, entre duas grandes cidades da região Norte, Belém e Manaus. A cidade como uma das mais antigas da região amazônica no que se refere seu centro urbano financeiro, comercial e cultural, caracteriza-se como um importante polo universitário. Assim, o presente trabalho tem por objetivo geral apresentar as experiências de educação jurídico-popular em direito à cidade conduzida pelo Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular (NAJUP CABANO), com os estudantes secundaristas de Santarém, Pará.

O NAJUP CABANO é um projeto de extensão da UFOPA vinculado à Pró-Reitoria da Cultura, Comunidade e Extensão (PROCCE), constituído por estudantes e professores que atuam ativamente na potencialização das lutas populares pela efetivação de direitos no Baixo Amazonas. Nesse

¹Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Oeste do Pará

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Oeste do Pará

³ Acadêmica do curso de Gestão Pública da Universidade Federal do Oeste do Pará

plano de trabalho, no âmbito do projeto de extensão, especificamente, é promovido por meio de parcerias com atores sociais da cidade como a UES, Fase Amazônia, Pastoral da Juventude, Projeto Sol e o grupo de pesquisa direito à cidade em Santarém.

Esse relato apresenta as oficinas realizadas, até o momento, em três escolas da rede pública da cidade: Escola Estadual de Ensino Fundamental Barão do Tapajós, Escola Estadual de Ensino Médio Álvaro Adolfo da Silveira e Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio Plácido de Castro. É válido frisar que essas atividades serão alcançadas no decorrer de todo o ano de 2019.

Neste íterim, é sabido que a juventude, na maioria das vezes, é a mais prejudicada com a ausência ou a precariedade de equipamentos urbanos, carência de políticas públicas, dentre outros. Dessa forma, discutir o direito à cidade proporciona aos jovens reflexões e questionamentos enquanto sujeitos políticos ativos em reivindicar seus direitos de cidadania, o fortalecimento da participação social e do poder exercido na cidade, logo, “compreender o jovem como sujeito social implica considerar a idade de vida como desenvolvimento, não apenas natural, mas social e histórico, como um processo mais amplo de constituição de sujeitos, mas que tem um momento determinado”. (TEIXEIRA; RESENDE, 2016, p. 5).

O direito à cidade é essencialmente interdisciplinar por articular saberes de diferentes áreas das ciências sociais e humanas, para além de qualquer pretensão reducionista seja normativa e/ou científica, nasce na práxis política de sujeitos coletivos que lutam para a construção de um espaço urbano mais plural e menos desigual (LEFEBVRE, 2001; HARVEY, 2014; REIS, 2017).

Dessa forma, esse estudo a partir da prática de educação jurídico-popular, promove contextualizações sobre a percepção do direito à cidade advinda de jovens estudantes, pois esses têm importância de contribuir nas políticas públicas e reivindicar seus direitos garantidos constitucionalmente. Destarte, apresentar-se-á no decorrer do trabalho

os principais pontos debatidos nas atividades, além de apontar algumas das eventuais circunstâncias das escolas quanto à realização das oficinas nessa educação.

2. Metodologia

O presente trabalho é composto por relatos de práticas de atuação jurídico popular com base nas principais referências teóricas, como Paulo Freire em sua conhecida obra “a pedagogia do oprimido”, Roberto Lyra Filho e José Geraldo de Sousa Jr, com “o direito achado na rua”, pautando-se em sua abordagem dialógica. Para além desses aspectos, apresenta-se a metodologia qualitativa, com finalidade de compreender e interpretar as opiniões, e expectativas no que diz respeito a vivência dos estudantes como sujeitos ativos de direitos.

As atividades iniciaram primeiramente de forma teórica para que o tema referente à pesquisa, direito à cidade, fosse melhor compreendido e repassado aos secundaristas.

Foram escolhidas três escolas Estaduais que possuem por turma, cerca de 40 alunos. As atividades previamente propostas à direção através de ofícios estabeleceram-se uma vez por mês considerando a disponibilidade e a facilidade de diálogo com a direção. A primeira escola recebeu a visita no dia 12 de março, a segunda no dia 09 de abril e a terceira escola no dia 14 de maio. Ressalta-se ainda que as oficinas não se limitam apenas as instituições de ensino citadas neste trabalho, mais visitas estão previstas em outras escolas de Santarém.

Aos alunos eram disponibilizados materiais de apoio, como canetas e pincéis, cartazes, e materiais impressos. As atividades realizadas ocorrem por meio de músicas regionais, produção de desenhos em cartazes que retratassem a cidade de acordo com as vivências de cada um, análise de mapas das zonas administrativas urbanas de Santarém, dentre outros. Por fim, são feitas as discussões com o intuito de estimular a autonomia e o conhecimento dos estudantes acerca do direito à cidade.

3. Discussões e resultados

Mediante a práxis de educação jurídico-popular com as oficinas realizadas no âmbito do direito à cidade com os estudantes secundaristas de escolas públicas de Santarém, até o momento, foi possível a concretização das atividades nos meses sequenciais, março, abril e maio de 2019 nas escolas públicas de Santarém.

Dependendo da disponibilidade da escola, define-se o melhor horário e turma para ser contemplada com o diálogo a respeito da temática. Assim, consta a partir das visitas nas escolas, um diálogo reflexivo e crítico com os estudantes secundaristas, o que poderá ser observado no decorrer deste ensaio.

A primeira oficina aconteceu no dia 12 de março de 2019, na Escola Barão do Tapajós, excepcionalmente, com alunos de 6^a ao 9^a (ensino fundamental), de idade entre 14 a 18 anos, da turma do Programa Mundial. Assim que a direção da escola recebeu o ofício, foi possível perceber o interesse pelo tema, tanto que no mesmo dia se obteve a resposta sobre a realização da atividade.

Os estudantes sentiram-se bastantes satisfeitos com a temática, pois era novidade para muitos. Discutir direito à cidade não fazia parte do dia a dia deles, embora os direitos de garantir uma melhor cidade estavam presentes nas idas e vindas para a escola, na reclamação por determinados espaços públicos, etc. Os temas mais tratados diante da conversa, destacam-se: segurança na cidade, asfalto nas ruas, transporte público e espaço para entretenimento.

A maioria dos estudantes alegaram a falta de policiamento na cidade como fator de insegurança. O transporte público também gerou discussão quando relatado a situação/estrutura dos coletivos urbanos e a demora nos pontos de ônibus. Em relação ao espaço de entretenimento, relatou-se que a cidade possui muitas praias, mas que são localizadas

longe da cidade, portanto, são necessários espaços adequados no centro, pois os que existem são distantes ou poucas pessoas têm acesso.

Assim, mesmo não contemplando os estudantes do ensino médio, público alvo das ações, a participação de todos na oficina proporcionou um diálogo intenso e instigador nos termos do direito à cidade.

A segunda oficina foi realizada no dia 09 de abril de 2019, na Escola Estadual de Ensino Médio Álvaro Adolfo da Silveira, com a turma do programa Mundiar, com idades entre 16 e 19 anos. Em meio as diversas abordagens referentes ao tema de direito à cidade, é necessário salientar alguns pontos relacionados, especificamente, a moradia, lazer e mobilidade urbana.

Durante a discussão sobre as mudanças visuais ocorridas na cidade, foi levantada a questão da ocupação da área denominada Vista Alegre do Juá. Foi perceptível, no decorrer das falas, certo aspecto, como a diferença entre os termos “ocupação” e “invasão”. Quando perguntado aos alunos sobre as áreas de lazer para eles na cidade, foi evidenciado o fato de, muitas vezes, esses locais serem destinados a um grupo específico. Dificultando, assim, a integração entre diferentes pessoas. Como a utilização de uma pista de Skate, restrita apenas a um bairro, comentada por um dos alunos.

A partir da discussão sobre os espaços de lazer, surgiu também a mobilidade urbana. Devido a escola estar localizada em uma área central – talvez – a maioria dos alunos faz uso de coletivos. E, por esse motivo, foi discutido a importância da manutenção de direitos, como pagar um terço da passagem nos coletivos e da lei de nº 20.548 denominada Parada Segura, implementada na cidade em janeiro de 2019. Ambos os assuntos desconhecidos pelos secundaristas, mesmo fazendo parte de seu cotidiano. Pois, o primeiro, facilita o acesso dos estudantes aos coletivos. E, o segundo, tenta disponibilizar às mulheres uma sensação de maior segurança.

A lei de nº 20.548, sancionada em Santarém em 7 de janeiro de 2019, pode ser vista, também, em outras regiões, seu texto encontrado

em documento eletrônico, diz: “Dispõe sobre a criação da parada segura para mulheres em horários noturnos, no itinerário do transporte coletivo no âmbito do município de Santarém e dá outras providências.”. Sendo o seu artigo primeiro:

Art. 1º Fica criada no transporte coletivo do Município de Santarém, a Parada Segura para desembarque de mulheres no horário a partir de 20 horas até o último coletivo, em áreas consideradas de risco à integridade feminina.

Infelizmente, percebem-se lacunas em sua implementação e difusão na cidade. É necessária a fiscalização da Secretaria Municipal de Mobilidade e Trânsito, quanto ao seu cumprimento. Porque a observação que, atualmente, poder ser feita é a do descumprimento do artigo quarto:

Art. 4º As empresas de transporte coletivo deverão fazer campanhas educativas e divulgar esta Lei entre seus motoristas para que a cumpram, além de colocar adesivos visíveis e legíveis na parte interna de todos os veículos.

A visita na Escola Plácido de Castro ocorreu no dia 14 de maio de 2019 pela parte da manhã e contou com a participação de estudantes do 3º ano B do ensino médio. Inicialmente, houve a apresentação dos mediadores e uma breve introdução dos conceitos do tema da oficina. Em seguida foi utilizada uma música regional para que os alunos pudessem refletir sobre a cidade de Santarém no que se refere aos seus aspectos culturais e a própria localização da cidade.

Na segunda atividade da manhã foi proposta a formação de grupos com a intenção de produzir desenhos em cartazes que representassem a cidade de acordo com o cotidiano e as vivências de cada um. A diversidade de ideias e de significação dos espaços da cidade foram muito variados. Já com a perspectiva dos conceitos de direito à cidade, de forma simples, alguns grupos identificaram os contrastes sociais da ocupação denominada “Vista Alegre do Juá” em comparação ao shopping local, que se contrastam ficando lado a lado e em frente a um conjunto habitacional do programa “Minha Casa Minha Vida”. Outros apresentaram a inseguro-

rança e a precariedade da mobilidade urbana que restringe a ocupação de alguns espaços públicos. E, para além dos aspectos de mobilidade em um contexto geral, foi elencada a discussão do direito a cidade no que diz respeito às questões de gênero, evidenciando a Lei 20.548 “Parada Segura” e o papel que o Estado realizar de forma ineficaz para a qualidade da mobilidade urbana, segurança pública e lazer da população de Santarém.

Com o diálogo em andamento entre os mediadores e alunos, pode-se observar um crescente interesse pelo tema. A este fato atribui-se as experiências do direito à cidade tão presente na vida desses estudantes e apesar de que se notassem falas ainda em processo de construção, os alunos mostraram-se suficientemente consciente do seu papel como sujeitos de direito para atuar de forma transformadora nos espaços que ocupam, assim reivindicando os seus direitos de forma plural e emancipatória, tornando-se indiscutivelmente benéficos para a sociedade.

Por fim, pode – se observar que os estudantes não sabiam conceito “acadêmico” do que seria o direito à cidade e nessa visita ficou mais do que claro que o diálogo voltado para com os estudantes é mais do que suficiente, além de se fazer necessário para entendermos o que na práxis é o direito à Cidade.

4. Considerações

A partir das oficinas, é preciso ressaltar, ainda, dificuldades com relação ao prazo de respostas das escolas. Talvez isso possa ser compreendido pelo denso calendário, em suas diversas demandas internas com os estudantes, além de outras atividades já programadas na instituição de ensino, sendo isso o critério de resistência para a realização.

Notou-se, então, a escassez de discussões como essas, igualmente necessárias para os estudantes, porque o acesso a esse conteúdo instiga e permite uma posição mais efetiva da juventude na sociedade. Mesmo já existindo o conhecimento por conta das suas experiências no dia a dia,

existe a necessidade de buscar novas perspectivas e abrangê-las da melhor forma possível. Esse acesso, portanto, visa somar aprendizados pois, reconhece-se a importância dessa troca para a construção do sujeito, seja da parte dos facilitadores, seja da parte dos estudantes.

Referências

G1 Santarém e Região. **Com 16 instituições, Santarém é polo universitário no oeste do Pará.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/pa/santarem-regiao/noticia/2014/02/com-16-instituicoes-santarem-e-polo-universitario-no-oeste-do-para.html>>.

Acesso em: 17 maio 2019.

SANTOS JR. Orlando A. **A Produção Capitalista do Espaço, os Conflitos Urbanos e o Direito à Cidade.** In: **Políticas públicas e direito à cidade: programa interdisciplinar de formação de agentes sociais e conselheiros municipais.** Orlando Alves dos Santos Junior, Ana Carolina Christovão, Patrícia Ramos Novaes (org.) - Rio de Janeiro: Letra Capital : Observatório das Metrópoles: IPPUR/UFRJ, 2011.

Portal Prefeitura de Santarém. Disponível em: < http://www.santarem.pa.gov.br/pagina.asp?id_pagina=6>. Acesso em: 13 jun 2019.

REIS, Ana Beatriz Oliveira. **A ideário do direito à cidade na identidade e atuação dos sujeitos coletivos: reflexões a partir da experiência do comitê popular da copa e das olimpíadas do Rio de Janeiro.** E-metropolis. n.º 29. ano 8 junho de 2017. pp- 15-22.

RIBAS, Luiz Otávio. **Assessoria jurídica popular universitária. Captura Críptica: direito, política e atualidade.** Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 246-254, jul./dez. 2008.

TEIXEIRA, Maria Antonieta; RESENDE, Damião. **Direito e cidadania. Juventude e o direito à cidade.** Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/direitoe_cidadania/article/view/2935/1633>. Acesso em: 16 maio 2019.

Anexos

Oficina na Escola Estadual de Ensino Fundamental Barão do Tapajós



Fonte: as autoras

Oficina na Escola Estadual de Ensino Médio Álvaro Adolfo da Silveira



Fonte: as autoras

Oficina na Escola Estadual de Ensino Fundamental e Médio Plácido de Castro



Fonte: as autoras

O sistema de saneamento ambiental em Belém do Pará como um estado de coisas inconstitucional

Kanandra Evelynny Fortes Corrêa

Renan Cordeiro da Silva

1. Considerações iniciais

O presente trabalho visa enfatizar a preocupante questão do sistema de saneamento ambiental básico na cidade de Belém do Pará, além de contrastar as áreas urbanas centrais das periféricas, no que tange à oferta de serviços públicos e à especulação imobiliária. Nessa ótica, demonstra-se essencial analisar minuciosamente as especificidades do referido sistema em localidades que concentram a parcela da população com baixo poder aquisitivo, isto é, os que mais estão expostos a graves violações de preceitos fundamentais em função da visão ambiciosa de empresários, de políticos que adotam o clientelismo e de quaisquer outros indivíduos com determinado interesse na marginalização da parcela supracitada, ambos visando o lucro.

À vista disso, com este artigo, pretende-se atentar o olhar de toda a sociedade para questões iminentes à maioria dos membros dela, além de gerar uma mobilização em todas as esferas sociais, a fim de transformar a realidade que a cidade de Belém, capital do estado do Pará, vive atualmente, posto que a violação de um direito consolidado por diversos dispositivos normativos, incluindo a Constituição Federal, caracteriza um

total desprezo e desrespeito para com o ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, um fato surreal e absurdo.

2. Direito de acesso ao saneamento sob a ótica do plano diretor de Belém do Pará

Com o grande crescimento das cidades e a sua acelerada urbanização, fez-se necessário a elaboração de uma norma reguladora voltada para tal desenvolvimento, de forma a garantir a utilização correta do espaço e assegurar a não violação de quaisquer direitos fundamentais. Assim sendo, cabe ao Direito Urbanístico, a partir do planejamento, regulamentar a disposição do espaço urbano, para que este possa cumprir a sua função social, isto é, proporcionar condições dignas de trabalho, moradia, circulação e lazer, e, dessa forma, alcançar o bem-estar coletivo. Nesse contexto, o Estado deve se fazer presente, a partir de políticas públicas, na elaboração de planos que objetivem a efetivação da função social da cidade para determinado lugar ou território, levando em consideração os aspectos culturais e históricos que marcam a identidade de cada local.

Quanto à questão da política urbana, os artigos 182 e 183 da Constituição de Federal de 1988 dispõem acerca do desenvolvimento urbano; assim, o artigo 182 da CF/88 faz alusão ao Plano Diretor, obrigatório em cidades com determinadas peculiaridades, entre elas possuir população a partir de 20 mil habitantes, e à função social do espaço, com sua completa efetivação dependente do Plano Diretor. Por conseguinte, em 2001, foi posto em vigência a Lei Nº 10.257, mais conhecida como Estatuto das Cidades, admitindo como princípios os artigos 182 e 183 da CF/88, estabelecendo diretrizes gerais para as políticas urbanas e, além disso, estabelecendo mais especificidades para o Plano Diretor.

Ademais, quanto à problemática do saneamento básico, é importante destacar que o Plano Diretor de Belém determina em seu artigo 3º os princípios fundamentais da política urbana, constando dentre eles o direito ao saneamento ambiental como função social da cidade, pautada no

inciso 3º. Com isso, ao longo de todo texto normativo, há diversas disposições que abordam o saneamento como essencial para a promoção do desenvolvimento social. Além disso, como diretrizes gerais, no Art. 4º, o Plano Diretor estabelece um compromisso com o desenvolvimento da infraestrutura das cidades, cujo saneamento básico está inserido como uma forma de promover condições básicas de habitabilidade. Ademais, dentro do Título III, a seção I do capítulo III do Plano Diretor de Belém – Do Saneamento Ambiental Integrado –, está reservada a discorrer sobre o saneamento ambiental, em que de acordo com o art. 30, objetiva promover a sustentabilidade ambiental do uso e ocupação do solo. Por fim, ainda sobre o capítulo supracitado, há uma subdivisão em quatro partes, em que o texto normativo discorre acerca do abastecimento de água, do esgotamento sanitário, da drenagem urbana, e dos resíduos sólidos e, assim, define os parâmetros para que o município assegure tais direitos a fim de melhorar a condição de vida da população.

Pode-se dizer, portanto, que, para garantir o desenvolvimento social adequado, faz-se necessário combater um dos principais problemas presentes na capital paraense: o precário e, por vezes, inexistente saneamento básico, bem como o desafiador acesso à água de qualidade por parte da população. Esse problema também marca a desigualdade no desenvolvimento socioespacial de Belém, visto que a maior parte das áreas irregulares e desprovidas de infraestrutura básica correspondem à concentração da população de baixa renda. Nesse sentido, tal questão resulta em ambientes urbanos dominadas pelo descarte inadequado de resíduos sólidos, precariedade no tratamento de esgoto – consequentemente, na contaminação de rios e afluentes locais –, e, como já exposto, o árduo processo de acesso a água potável.

3. A divergência entre áreas centrais e periféricas em Belém do Pará

O território da cidade passou por diversas modificações no decorrer do tempo, motivado por interesses econômicos, políticos e, em menor

escala, sociais. Por esse motivo, ao se observar a disposição dos projetos de uso e ocupação do solo em Belém, percebem-se crescentes áreas de grande circulação de capital, bem como de localidades marginalizadas, tudo isso em função do sistema econômico vigente na capital paraense.

3.1 Consequências da centralização dos serviços públicos e privados no município de Belém do Pará

O Pará, estado componente da região norte, está inserido no complexo amazônico brasileiro, possuindo uma elevada importância histórica para o desenvolvimento econômico, cultural, político e social do país. A região paraense foi pioneira na produção e exportação de borracha durante o século XX, além de palco da revolta popular dos cabanos, conhecida como cabanagem, e, hodiernamente, comporta indústrias mercantis e produtivas de diversos setores e segmentos comerciais, como a Usina Hidrelétrica de Tucuruí da empresa Eletronorte e as empresas de mineração Albrás, Alunorte e Mineração Rio do Norte.

Nessa concepção, o estado do Pará, ao longo do tempo, adquiriu uma função econômica significativa para o cenário nacional, o que providenciou a criação de empresas dentro de toda a região. Dessa forma, as áreas centrais das cidades, especialmente na capital, tornaram-se localidades com um alto custo de moradia, em decorrência dos benefícios oriundos dos recursos empresariais e de um maior investimento governamental concentrado em elevar o padrão de vida nesses locais.

Destarte, as alterações e os aumentos nos custos dos bens de consumo e dos serviços constituíram um processo de gentrificação, dado a ocorrência de uma valorização monetária da moradia, do lazer, da alimentação e de diversos outros aspectos no centro da cidade, corroborando a marginalização de uma grande parcela de cidadãos com um baixo poder aquisitivo. Sendo assim, vale ressaltar um exemplo exposto por Cardoso e Neto (2013, p. 70), de uma tendência à gentrificação em Belém do Pará, o qual demonstra a intervenção do setor público na

criação e no aterro de uma via que contorna a orla do rio Guamá, conjuntamente com as propostas de macrodrenagem, podendo aumentar o investimento imobiliário nessa região. Portanto, é perceptível que os investimentos públicos e privados em qualquer localidade irão valorizá-la, elevando sua qualidade e tornando-a mais cara e inviável para alocar pessoas de baixa renda. No entanto, tal quadro é agravado pela ausência de programas de remanejamento dessa parcela, além de, quando existentes, serem inexecutáveis.

Nesse sentido, o afastamento de parte da população dos centros urbanos constrói um modelo de moradia totalmente oposto ao apresentado nas áreas centrais, ou seja, estruturas imobiliárias desreguladas, precariedade em serviços públicos, como luz, água, asfaltamento de vias, esgoto, segurança e entre outros. Desse modo, a constituição de favelas é inevitável, uma vez que, devido aos elevados custos nas centralidades, os cidadãos de baixa renda são obrigados a adquirir propriedades em regiões com um custo menor, independentemente da qualidade do imóvel e dos serviços públicos direcionados a essas áreas.

3.2 A formação e o saneamento básico das informalidades urbanas em Belém

Diante do cenário urbano de Belém, a construção de edificações tanto para a moradia quanto para o consumo apresenta-se concentrada em certas regiões da cidade, como nos bairros da Batista Campos e do Umarizal. Nesse viés, o fluxo econômico nesses lugares elevou-se gradativamente ao longo do tempo, com a instalação de mais farmácias, lojas, restaurantes e os astronômicos *shoppings centers*, contribuindo para o aumento do custo de habitação nas redondezas. Logo, somente indivíduos com alto poder aquisitivo podem usufruir e morar nesses locais, além disso, os centros de Belém possuem um amparo governamental superior ao das áreas periféricas da cidade, no que tange à manutenção e oferta de serviços públicos.

Sendo assim, de acordo com Edésio Fernandes (2011, p. 178-179), devido aos altos valores de terrenos e construções, ao papel elitista do Estado na economia e à concentração de políticas públicas em áreas centrais da cidade, a população de baixa renda é excluída e forçada a entrar no processo de favelização por não conseguir arcar financeiramente com os custos habitacionais. Portanto, as informalidades urbanas tornam-se a única opção de moradia para esses indivíduos, por serem menos onerosas, e, por outro lado, são expostos a uma gama de problemas sociais, ambientais e políticos, prejudicando a qualidade de vida.

No que concerne aos artigos 182 e 183 da Carta Magna brasileira (BRASIL, 1988) são os direitos urbanísticos do cidadão, o qual, resumidamente, enfatiza sobre a necessidade de desenvolver o bem-estar da população, ordenar as funções sociais da cidade (moradia, trabalho, circulação e lazer) e promover o direito à propriedade para pessoas que moram em uma extensão de até 250 metros quadrados, ininterruptamente por cinco anos, desde que não seja proprietário de outro imóvel. Tais artigos são fundamentos para o Plano Diretor do Município de Belém, que possui a intenção de desenvolver a cidade e sua economia, praticar a justiça social e melhorar as condições de vida de seus habitantes. (BELÉM, 2008).

Desse modo, segundo os direitos postos pelo Plano Diretor do Município de Belém, a partir de agora este artigo abordará as problemáticas do saneamento básico em favelas da cidade em questão. É evidente, nas favelas de Belém, que o sistema de saneamento básico é precário e não possui nenhuma ação política para repará-lo. Segundo o Instituto Trata Brasil (2018, p. 99), apenas 2,67% dos esgotos em Belém são tratados, enquanto que somente 12,62% da população é atendida por tal serviço público. Destarte, os cidadãos de classes mais baixas sofrem diariamente com a precariedade do tratamento de esgoto, prejudicando sua qualidade de vida e sua moradia, ambos direitos resguardados pela Constituição Federal e pelo Plano Diretor do Município de Belém.

Nessa conjuntura, o clientelismo político coloca-se em pauta, uma vez que, em época de eleição, os candidatos celebram diversas promessas de melhorias que abrangem o tema do saneamento e um leque de outras questões sociais relevantes, porém, ao serem eleitos, o cenário alarmante continua se agravando cada vez mais, desfavorecendo uma extensa parcela da população, que é obrigada a permanecer em um local sem qualquer condição digna de vida, não possuindo serviços e instrumentos públicos de qualidade. Como desdobramento, tais pessoas passam a pagar preços abusivos para o fornecimento de serviços de baixíssima qualidade e que deveriam ser públicos (FERNANDES, 2011, p. 180), estabelecendo um paradoxo fundado na moradia precária e alto custo de serviços básicos.

A avenida Visconde de Souza Franco, uma das regiões mais caras para se viver em Belém, concentra um enorme esgoto, sem tratamento, o qual possui um odor fétido e polui o meio-ambiente, logo se o saneamento básico é precário nessa localidade, nas informalidades urbanas a situação se torna ainda mais grave. Portanto, os problemas de saneamento básico afetam de forma mais prejudicial as baixas classes sociais, todavia, também, está presente no meio das altas classes sociais, retratando, assim, o descaso do órgão público para com toda a população da cidade.

Desse modo, as áreas que mais carecem e sofrem com a ausência dos serviços públicos básicos, como o saneamento ambiental, são os locais mais periféricos, que concentram as pessoas com baixo poder aquisitivo e que, conseqüentemente, não podem pagar por tais serviços (DIAS et al., 2017, p. 1802). Portanto, o governo deve agir diretamente para proporcionar melhorias para a população dessas áreas, tendo como empecilho o clientelismo político e a falta de interesse das empresas privadas nessas localidades, dado o lucro como seu objetivo principal, sujeitando os moradores das informalidades urbanas a situações degradantes, tendo seus direitos fundamentais violados dia após dia, visto que estão previstos em diversos dispositivos normativos, como a Constituição Cidadã de 1988, o Estatuto da Cidade e o Plano Diretor do Município de Belém.

4. Do “estado de coisas inconstitucional”

O Estado de Coisas Inconstitucional é uma “ferramenta” importante para estabelecer bases sólidas à formulação de análises sobre violação de Preceitos Fundamentais. Nessa esfera, o ponto mais importante talvez seja a apreensão plena da potencialidade crítica política e social engendrada pela formulação de apreciações questionadoras relacionadas a direitos fundamentais. O Estado de Coisas Inconstitucional, diante do seguimento central desse artigo, nos permite, sobretudo, visualizar com mais clareza se transgressões constitucionais são fáticas em determinado sistema jurídico.

Com efeito, a configuração de um “corpo teórico” ao Estado de Coisas Inconstitucional emergiu ante a história jurisprudencial do Estado Colombiano, diante do embate jurídico acerca da aplicação do direito previdenciário dos professores em 1997. Além disso, o sistema penitenciário e o deslocamento forçado de pessoas devido a atos de grupos violentos se apresentam como outros dois fatos estimuladores à percepção do instituto jurídico do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Ambas as situações apenas se relacionam com o ECI devido a aspectos recorrentes em tais, que também são os requisitos ao reconhecimento desse instituto: i) litígio estrutural; ii) violações sistêmicas de direitos fundamentais; iii) omissão das autoridades competentes à resolução de determinada intempérie (LAZARI, 2019).

No Brasil, em agosto de 2015, iniciou-se o julgamento cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ao Supremo Tribunal Federal (STF), denunciando a desesperadora crise vivenciada no sistema carcerário brasileiro. O referido partido político solicitou o reconhecimento do sistema penitenciário sobre o ECI por meio da ADPF 347, pedido esse que foi acatado pela Suprema Corte mediante as barbáries

percebidas nas casas penais brasileiras, com o “protagonismo” à superlotação prisional (GUIMARÃES, 2017).

O ECI se caracteriza principalmente pelo seu aspecto de generalidade analítica, diferenciando-se dos outros dispositivos normativos que geralmente analisam a concretude do fato e, a partir disso, ratifica-se a inconstitucionalidade. O ECI requer necessariamente observação ampliada sobre os casos de graves violações, pois nele o produto da ineficácia governamental reverbera a conjunções sociais. Falamos de um sistema plural de barbáries que, originando-se a partir de infrações constitucionais ante omissões governamentais, afetam coletivos sociais. Por exemplo, há uma diferença se compararmos o ECI com Ações Diretas de Inconstitucionalidade que, apesar destas serem também ferramentas importantes ao reconhecimento de violações de direitos e produzirem a legitimação de ações estatais obrigatórias para sanar problemáticas transgressoras de códigos legais, produzem pressões de resoluções normativas limitadas às especificidades conjunturais. Ora, se a seara de atuação de um instituto jurídico é limitada, deduz-se que, ainda que esses atos fomentem pressões demasiadas fortes, o resultado somente acarretará soluções no cenário delimitado. Por isso, diante de todos os aspectos até aqui mencionados, o reconhecimento do ECI é um início fundamental e bastante adequado à eficiência e eficácia institucional em amplas escalas.

4.1 Da precariedade do saneamento ambiental básico de Belém do Pará

O Plano Diretor de Belém concentra uma gama de dispositivos normativos que corroboram para o benefício social, ambiental e urbano. Contudo, não se quer demonstrar as obviedades das disposições de um plano diretor que logicamente deve estar encaminhado à satisfação das quatro principais funções sociais urbanísticas, pensa-se que é indubitável o aprofundamento analítico sobre o compromisso do plano diretor de Belém do Pará com a Carta Magna Brasileira, ratificando-se através da

disposição presente no artigo 1º do Plano Diretor Municipal de Belém, no qual se afirma o compromisso do documento para com a Constituição Federal (BELÉM, 2008).

Com efeito, apesar dos inúmeros artigos que almejam a efetivação dos direitos à habitação, ao trabalho, à mobilidade e ao lazer, o quadro fático avistado na capital paraense é quase o absoluto avesso do almejado no planejamento material-legal. Segundo dados de 2016 do Índice de Bem-estar Urbano (IBEU), a Região Metropolitana de Belém (RMB) ocupou a primeira colocação do ranking que apresenta os 100 piores municípios brasileiros relacionados a nefastas condições de bem-estar urbano, circunstância essa que se correlaciona diretamente com um grave quadro de litígio estrutural (Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia, 2019). Outrossim, como demonstrado anteriormente através de dados do instituto Trata Brasil (2018, p. 99), transgredindo disposições legais compromissadas com a esfera constitucional, mais de 87% da população belenense não é atendida pelo serviço de esgotamento sanitário. Nessa conjuntura, percebe-se que há um grande contingente populacional urbano afetado por um conjunto de violações de direitos humanos. Além de serem comuns relatos de moradores afetados pela falta de saneamento sobre omissão governamental acerca da resolução dos problemas, como na matéria do veículo jornalístico Diário do Pará ao qual uma moradora afirma conviver com problemas de esgotamento há quase uma década (MAGNO, 2019). Esse simples panorama é suficiente para preencher os requisitos exigidos à consideração do ECI, pelo menos em uma escala menor proposta por esse ensaio. Isto posto, a problemática envolta no saneamento básico de Belém provoca um sistema massivo de violações de direitos fundamentais, devido ao litígio estrutural devastador que se perpetua ao passo em que a ausência de resoluções eficientes aos graves imbróglis se ratifica.

Posicionar a questão do saneamento belenense sobre o potente instituto do ECI talvez seja o “remédio” mais forte contra não somente às transgressões legais decorrentes de imprudências governamentais, mas

também contra as consequências projetadas sobre a maioria da população. Não se fala de um problema isolado e sem desdobramentos, mas de um conjunto gerador de transtornos em diversas áreas da comunidade urbana, fomentando reações em cadeia de novos infortúnios.

Em outro plano, urge que o “mero” reconhecimento do ECI não baste, mas que se busque formas à efetivação do instituto como uma forte ferramenta à organização da própria instituição. Certa espécie de autorregulação estatal tão importante quanto o seguimento coerente à Constituição Federal. É certo que determinada banalização das disposições constitucionais fragilizavam a própria esfera política e, por isso, entender o ECI como um “dispositivo” eficaz a exames mais gerais da sociedade é vantajoso ao ordenamento jurídico pátrio, além de contribuir à eficiência judicial que, por conseguinte, gera fortes impactos diretos sobre os cidadãos e cidadãs.

5. Considerações finais

Assim, conclui-se a urgente necessidade de tomada de decisões relevantes e exequíveis com a finalidade de reverter o quadro exposto. O Estado, na posição de poder supremo, é capaz de propor, divulgar e executar políticas sociais públicas visando assistir a população que é diariamente desolada com o sistema de saneamento falido e incapaz de atender às demandas em Belém do Pará, fazendo valer e cumprir as determinações normativas do ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, a sociedade, com o sentimento de fraternidade e solidariedade e exercendo sua cidadania, deve reivindicar melhorias nos serviços públicos, dado que, assim como o Estado, estamos passíveis de omissão à realidade de uma expressiva porção popular.

Por fim, fica uma reflexão: com um sistema de saneamento ambiental precário e/ou inexistente, a proliferação de doenças, o descarte de resíduos em locais inapropriados, ocorrência de enchentes, entre outros, têm incidência potencializada. Logo, um inconveniente que, em primeira

impressão, aparentar ser próprio de uma comunidade específica, provoca um efeito dominó devastador e que pode a vir afetar qualquer membro da sociedade.

Referências

BELÉM. **Plano Diretor do Município de Belém**, 2008. Disponível em: <http://www.belem.pa.gov.br/planodiretor/Plano_diretor_atual/Lei_N8655-o8_plano_diretor.pdf>. Acesso em 25 fev. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 25 fev. 2019.

BRASIL. Lei Nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Publicada no Diário Oficial da União em 10 de julho de 2001.

BRASIL. Lei Nº 8.655, de 30 de julho de 2008. Publicada no Diário Oficial da União.

CARDOSO, Ana Cláudia Duarte; Neto, Raul da Silva Ventura. A evolução urbana de Belém: trajetória de ambiguidades e conflitos socioambientais. **Cadernos Metrópole**. São Paulo, v.15, n. 29, p. 55-75, jan/jun 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/metropole/article/view/15816/11840>>. Acesso em 24 fev. 2019.

COSTA, Karla Ludimila Vieira. **Noções introdutórias sobre Direito Urbanístico**. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2732, 24dez.2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18108>>. Acesso em: 26 fev. 2019.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. et al. Saneamento e direito à cidade: ponderações sobre o abastecimento de água e esgotamento sanitário na cidade de Belém/PA. **Revista de Direito da Cidade**. Rio de Janeiro, v. 09, n. 4, p. 1784-1814, 2017. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/28918/21977>>. Acesso em 22 fev. 2019.

FERNANDES, Edésio. Desafios da regularização fundiária de assentamentos informais consolidados em áreas urbanas. In: **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**, Belo Horizonte, v.9, n.49, p. 178-180, jan. 2010. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63990/desafios_regularizacao_fundiaria_fernandes.pdf>. Acesso em 27 fev. 2019.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. **O estado de coisas inconstitucional**: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 16 - n. 49, p. 79-111, jan./jun. 2017.

Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia. IBEU MUNICIPAL: ÍNDICE DE BEM-ESTAR URBANO DOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS. 2016. Disponível em: <http://observatoriodasmetropoles.net.br/download/ibeumunicipal_2016.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2019.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Ranking do Saneamento Instituto Trata Brasil 2018**. São Paulo, 2018. 99 p.

LAZARI, Rafael de. Estado de Coisas Inconstitucional: um dilema judiciário da contemporaneidade [online]. 28 maio. 2018. Disponível em: <<https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/estado-de-coisas-inconstitucional-um-dilema-judiciario-da-contemporaneidade>>. Acesso em: 27 fev. 2019

MAGNO, Cintia. Saneamento de Belém é o 4º pior do País. Diário do Pará Online [online], Belém, 9 maio. 2017. Disponível em: <<http://www.diarioonline.com.br/noticias/para/noticia-412911-.html>>. Acesso em: 28 fev. 2019.

Ativismo judicial

Perspectivas do controle judicial dos atos de governo na nova lei de introdução às normas do direito brasileiro

*Alan José de Oliveira Teixeira*¹

1. Introdução

O protagonismo judicial se tornou uma realidade no Brasil. Observa-se hoje o judiciário com a última palavra em diversas matérias: seja na definição de políticas públicas, seja na própria gestão administrativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse passo, discute-se a existência de um deslocamento de questões sensivelmente políticas para o campo judicial. Vislumbra-se o descrito no controle judicial dos atos de governo, por exemplo. Percebe-se um apelo generalizado a critérios extrajurídicos sem a outorga da lei, a inobservância da jurisprudência consolidada e uma verdadeira guerra de liminares nessa esfera de controle da administração.

Nesse passo, com o objetivo de aprimorar a segurança jurídica e a efetividade do Direito Público, foi publicada a Lei 13.655/18, em 26 de abril de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a qual passou a conter dispositivos disciplinando e orientando a interpretação jurídica do direito público brasileiro. Assim, o

¹ Graduando em Direito pelo UNICURITIBA. Membro da RedIberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo - RIJDA (2019). Membro da Equipe Editorial do Blog "Unicuritiba Fala Direito", sob orientação da Prof^a. Msc. Michele Hastreiter (2019). Membro do grupo de pesquisa "Pacto Global e Agenda 2030 na perspectiva dos Direitos sociais na Constituição Brasileira (1988)", além de Monitor da disciplina de Teoria do Direito, ambos sob orientação da Prof.^a MSc. Maria da Glória Colucci.

presente trabalho busca estudar os efeitos e as repercussões das mudanças trazidas pela nova Lei de Introdução na interpretação e na decisão jurídica do direito público, especialmente no que se refere à decisão do controle judicial dos atos de governo da administração pública, tecendo possíveis limites e clareando a aplicabilidade da Lei. Para isso, um estudo teórico das principais bibliografias jurídico-administrativas foi necessário, principalmente dos comentadores da nova LINDB.

2. Ato de governo e controle judicial

Os atos de governo ou atos políticos expressam primordialmente a atuação do chefe do Poder Executivo, provindo da autoridade ou órgão mais elevado do referido poder, e causando consequências jurídicas externas (MEDAUAR, 2014, p. 227). Ainda, esse tipo de ato é dotado de parcela de discricionariedade, podendo ser entendido como espécie do gênero ato administrativo (MEDAUAR, 2014, p. 227).

Para ilustrar, Odete Medauar elenca como sendo atos de governo: apresentação e retirada de projetos de lei; sanção, promulgação e publicação de leis; convocação de Sessão Extraordinária do Congresso Nacional; veto a projetos de lei; decretação e execução de intervenção federal; celebração de tratados, assim como convenções e atos internacionais (MEDAUAR, 2014, p. 227). Acrescente-se ao rol da administrativista outras situações extraídas do texto constitucional: a nomeação de comissões de inquérito pela Câmara ou pelo Senado (art. 41), as nomeações de ministro de Estado (art. 81, VII), a declaração de guerra ou assinatura de paz (art. 81, XI e XII), a declaração de estado de sítio (art. 81, XVI), entre outras previsões.

O controle jurisdicional dos atos administrativos políticos encontra resistência por parte da doutrina administrativista, pela comparação com os atos discricionários, cuja regra geral é a deferência (MEDAUAR, 2014, p. 227). Conclui Odete Medauar (2014, p. 228) que se o ato em questão lesionar direito, é passível de ser impugnado judicialmente.

Na mesma linha se posiciona Seabra Fagundes (1967, p. 159), notadamente na situação de ofensa aos direitos individuais. Porém, o autor adota um viés mais restrito em relação ao controle dos atos administrativos políticos. Afirma que, em um primeiro momento, os aspectos de mérito que permeiam esses atos envolvem interesses (Poder Executivo e Legislativo), e não direitos (Poder Judiciário) (FAGUNDES, 1967, p. 150). Com efeito, para o citado autor existem três gradações de atos: os atos administrativos, os atos políticos e os atos estritamente políticos (subespécie) (FAGUNDES, 1967, p. 161-162).

Sutilmente divergente dos dois estudiosos da administração pública supracitados, José Cretella Júnior é mais enfático em expressar que os atos de governo necessitam de um controle mais restrito pelo judiciário. O jurista compreende a decisão do administrador como a legitimadora da ordem jurídica, desse modo, vê que ao Poder Judiciário não cabe o controle de decisões, atos governamentais ou políticos.

O fato é que, a partir disso, vê-se que administrativistas já travavam discussões acerca da intensidade do controle judicial sobre atos de governo. No período anterior ao século XX, tinha-se a posição “antiga” ou clássica, conforme Odete Medauar mencionou em seu texto. Esse entendimento era pela insindicabilidade ou deferência dos atos administrativos políticos. No contexto brasileiro, posterior entendimento dos juristas foi pela possibilidade de controle dos atos de governo pelo poder judiciário.

O posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 828) pactua do mesmo entendimento que Odete Medauar e Seabra Fagundes: “Com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos”.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 385), fazendo uma distinção com a doutrina europeia, entende que o texto constitucional, em seu art. 5º, inciso XXXV, legitimou o controle dessa espécie de ato.

Hely Lopes Meirelles entende que tais atos se sujeitam a um controle especial, mas que sua natureza política não pode afastar o controle

judicial (MELLO, 2015, p. 793). Isto é, assume o administrativista a necessidade de uma sujeição especial dos atos de governo ao crivo do poder judiciário, ante sua natureza, muito embora não afaste o seu controle.

Em tese de doutorado (e posterior livro) sobre o tema controle da administração pública, Eduardo Jordão (2016) desenvolve uma pesquisa de direito comparado, em que estuda a intensidade do controle jurisdicional nos Estados Unidos, Canadá, França e Itália. O pesquisador chegou à conclusão de que não existe solução ideal e abstrata pela maior ou menor intensidade do controle da administração pública. Na verdade, Jordão entende que a intensidade do controle deve ser adaptada à realidade e às circunstâncias do caso concreto, seja na situação de controle de questões estritamente jurídicas, seja no controle dos atos de governo.

Em suma, conclui-se nesta seção que o ato de governo é um ato administrativo e, portanto, está sujeito (em um primeiro momento) a controle pelo poder judiciário.

3. As alterações propostas pela lei 13.655/18: segurança jurídica no controle da administração

Disciplinando os demais textos normativos, a LINDB é acima de tudo uma lei “sobredireito” (*lexlegum*) (TARTUCE, 2018, p. 1). Assim, a Lei de Introdução prevê a maneira de aplicação da legislação no tempo e no espaço, o seu sentido lógico e as fontes do direito, complementando a Constituição (TARTUCE, 2018, p. 1). Ainda, a Lei em comento serve de norte interpretativo e integrativo do ordenamento jurídico brasileiro, sem, contudo, reger diretamente as ações ou omissões dos indivíduos (RAMOS; GRAMSTRUP, 2016, p. 13). Nesse contexto, com o intuito de diminuir a insegurança jurídica que permeia especialmente as relações com a Administração Pública, surge o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 349/15, que quando da tramitação na Câmara dos Deputados passou a ser denominado Projeto de Lei (PL) nº 7.448/17 (CAMARA DOS

DEPUTADOS, 2017). Com a sanção presidencial, em 26 de abril de 2018, a Lei nº 13.655/18 foi publicada, acrescentando 10 (dez) artigos à LINDB.

3.1 Valores jurídicos abstratos e consequências práticas da decisão

Disserta-se inicialmente a respeito do art. 20, da lei em questão. Vê-se que, pela nova Lei de Introdução, não se pode decidir se fundamentando em valores jurídicos abstratos sem se observar as consequências práticas da decisão.

Inicia-se a investigação sobre os valores jurídicos abstratos. A lei não apresenta nenhum conceito legal sobre. Mas se são valores jurídicos abstratos, a partícula “jurídicos” afasta qualquer pretensão a um moralismo político (GABARDO, 2017, p. 74). Em um primeiro momento parece inclusive ser possível associar “valores jurídicos abstratos” ao que se conhece por conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque tal expressão é uma fórmula ampla utilizada com frequência no direito, tal como quando se trata de boa-fé, justo preço, ordem pública, entre outros (MEDAUAR, 2004, p. 134).

Na esteira de Odete Medauar (2004, p. 134), que discorre sobre os conceitos jurídicos indeterminados, indeterminado não é o conceito. O direito sempre usou fórmulas amplas. O que ocorre na verdade “é a impossibilidade de identificar "a priori" todas as situações que se enquadram na fórmula. Mas, quando uma situação ou fato aí se enquadram, efeitos ou consequências jurídicas ocorrem” (MEDAUAR, 2004, p. 134). Assim, se a intenção do legislador (aferida por meio do projeto de lei) foi assegurar maior previsibilidade e efetividade no direito público, não se afigura lógica nenhuma conclusão no sentido de conferir novo grau de indeterminação na decisão, o que ocorreria se fosse ampliada a margem decisória do intérprete-juiz.

Estudiosos do projeto de lei tentaram traçar parâmetros de interpretação acerca do comando constante do art. 20 da LINDB. É o caso de Carlos Ari Sunfeld e Bruno Meyerhof Salama (SUNFELD; SALAMA,

2016, p. 210), que entendem ser possível conceber “valores jurídicos abstratos” como sinônimo para princípios.

Todavia, a dicção “princípios” já se encontrava no art. 4º, da LINDB, mas se optou por não a repetir. Isso permite afirmar que o sentido de “valores jurídicos abstratos” pode se distinguir do sentido de princípios ou ampliá-lo.

E sobre aplicação de “valores” no direito, denota-se que se trata apenas de uma opção de caráter pessoal do juiz, o que inviabiliza o controle racional, permitindo um decisionismo político por parte dos tribunais (STRECK, 2017, p. 118). Desse modo, princípios não são valores e, portanto, valores não são princípios, ao menos no direito. Sabe-se que os valores, as convicções pessoais do juiz, não são juridicamente legítimos. Mas o que dizer sobre valores jurídicos? Ora, se são jurídicos, devem estar previstos na lei (ou ao menos decorrer dela).

Quanto ao consequencialismo positivado por “consequências práticas da decisão”, não pode ser entendido pura e simplesmente como todo e qualquer fator extrajurídico. Ademais, é possível afirmar que o pragmatismo trazido pela expressão em análise surge em resposta à judicialização e ao ativismo judicial. Isso porque pesquisas jurídicas recentes indicam um padrão de inconsequência nas decisões proferidas pelos juízes brasileiros, notadamente no que se refere às políticas públicas (VASCONCELOS, 2014).

A exemplo, Natalia Pires de Vasconcelos (2014, p. 49) averiguou em tese de mestrado a existência de decisões judiciais que obrigam a Administração Pública a alguma prestação. Conclui a pesquisadora que existem dificuldades não apenas jurídicas, mas institucionais em “[...] pressupor custos de direitos sociais em relação a outros direitos apenas no âmbito teórico”(VASCONCELOS, 2014). Ou seja, existem consequências práticas de uma decisão judicial no orçamento público que muitas vezes não são observadas pelo julgador. Nesse passo, uma análise econômica adequada do direito levaria em consideração os postulados de necessidade e escassez e, principalmente, que uma política de incentivos

pode, aos poucos, reduzir custos, e, assim, o Estado poderia ser mais eficiente(GABARDO; CASIMIRO, 2015, p. 70).

3.2 Demonstração da necessidade e da adequação da decisão

A demonstração da necessidade e da adequação da decisão não é nada mais nada menos do que a enunciação, na LINDB, dos atributos do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade(TORRES, 2013, p. 136). Nessa toada, o parágrafo único do art. 20 da Lei impõe que a motivação da decisão deverá observar tais atributos, em face das possíveis alternativas.

Denota-se da redação do texto da lei que o único escape do intérprete-juiz para se eximir de motivar considerando a proporcionalidade seria a situação em que a decisão não impõe nenhuma medida ou não invalida ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Assim, a referida mudança na Lei de introdução pode na verdade implicar imprecisão jurídica ainda maior, pois se está obrigando (e, assim, autorizando) o juiz a decidir conforme o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade em uma gama considerável de situações, com exceção do referido escape em uma leitura *contrario sensu* da lei.

Acerca da adequação, Thiago Marrara (2012, p. 171) afirma que significa “um mandamento de correlação lógica entre o ato estatal (ato administrativo, normativo ou ato material) e a finalidade pública que o justifica”. Assim, se tal mandamento deve agora ser observado pelo juiz, a decisão judicial deve sempre assegurar o cumprimento do interesse público. Além disso, o administrativista entende que, em relação à necessidade, há que se verificar, frente às alternativas fáticas, qual solução é a mais branda para se atingir a finalidade pública (MARRARA, 2012, p. 172). Ou seja: qual das alternativas atinge a finalidade pública? Depois desse exercício, qual das alternativas é a menos danosa?

Esse também é o entendimento de EgonBockmann Moreira (2010, p. 94), que trabalha os conceitos acima à luz da classificação adotada por José Joaquim Gomes Canotilho(2011, p. 269-270). Com isso, ao conside-

rar a adequação e necessidade da medida, o juiz deve verificar a sua legalidade, seu atendimento à finalidade legal, além de ter que optar pela medida menos danosa, se houver.

No âmbito do controle judicial da administração, a necessidade e a adequação, como atributos da proporcionalidade – em atenção ao que sustenta Heleno Taveira Torres (2013, p. 134) sobre a proporcionalidade da segurança jurídica, ao estudar Paulo Bonavides – podem ser entendidos como garantia ou “controle da aplicação de restrições infraconstitucionais a direitos e liberdades fundamentais” (TORRES, 2013, p. 136).

Essa característica do princípio se torna mais visível no controle dos atos administrativos de governo, como o são os atos de nomeação a Ministro de Estado, porquanto envolvem direitos políticos fundamentais. Assim, quaisquer restrições a esses direitos devem ser excepcionais, e qualquer pretensão nesse sentido deve demonstrar a necessidade e a adequação da medida, à luz de um conjunto probatório robusto, cujo filtro é também a legalidade estrita. Assim também ocorre com a decisão jurídica que arbitra danos ao erário, pelo fato de se presumi-los frente à legalidade (BRASIL, 2018). Desse modo, deve a dosimetria ser feita considerando a legalidade estrita, mas, com respeito aos direitos fundamentais, que se fazem valer com a previsibilidade do caso, evitando-se indícios ou achismos sem vinculação com situação jurídica posta.

Em uma visão holística da nova LINDB, a tentativa de proporcionar maior segurança jurídica no direito público foi uma tentativa de tornar mais restritiva a atuação dos órgãos de controle, restritiva porquanto mais fundamentada e robusta a decisão controladora (VALIATI; MUNHOZ, 2018). Marçal Justen Filho (2018), em artigo científico sobre o tema, disserta a respeito do art. 20, da LINDB. O administrativista entende que a finalidade do art. 20 da Lei é reduzir o subjetivismo e a superficialidade das decisões estatais, obrigando aquele que decide a considerar as circunstâncias do caso concreto.

Aduz o jurista que a intenção do legislador em obstar a proliferação de decisões baseadas em valores jurídicos abstratos se deu em virtude de

fórmulas gerais e vagas frequentes nas decisões, como o “interesse público”, anteriormente aventado (JUSTEN FILHO, 2018). Para o professor, nenhuma decisão concreta pode ser extraída diretamente da invocação de fundamento indeterminado (JUSTEN FILHO, 2018). Nessa seara, Marçal (2018) doutrina que a nova lei exige um processo de concretização claro desses “valores”. Assim, há que se determinar o conteúdo dos valores abstratos utilizados como fundamento da decisão judicial, em atenção à “transparência valorativa”.

Quanto à “necessidade e adequação” da decisão, Marçal (2018) concebe que significa o dever de impor restrições menos intensas aos interesses e valores em apreço.

3.3 Consequências jurídicas e administrativas da decisão de invalidação e a regularização proporcional e equânime dos seus efeitos

O próximo dispositivo a ser compreendido é o art. 21, da LINDB, que impera a obrigação de a decisão de invalidação indicar as consequências jurídicas e administrativas no caso, além das condições para regularização proporcional e equânime nesse contexto. De acordo com a administrativista Odete Medauar, são as consequências mais comuns do controle: a suspensão de atos ou atividades; a anulação; a imposição de fazer; a imposição de se abster de algo; a imposição de pagar; e/ou a imposição de indenizar (MEDAUAR, 2014, p. 239). São essas as consequências jurídicas e administrativas mais comuns da decisão.

Observando os dispositivos da nova lei, parece haver aqui um princípio de consequencialismo e pragmatismo, que inclusive já pode ser observado em determinadas decisões judiciais no Brasil (MENDONÇA, 2016, p. 31). José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 45), comentando o art. 21 da LINDB, afirma que há hoje no Brasil uma cultura de hipercontrole público. Tal cultura é identificada segundo cinco aspectos do controle: vagueza, opinião, performance, disputa e incremento.

Entende ainda o jurista que é nesse sentido (abrangente) que o consequencialismo se faz presente na nova legislação. Em outra passagem o estudioso concebe que as consequências (jurídicas e administrativas) são estados de fato e de direito: admissíveis pela Constituição de 1988 e exequíveis; Certos e prováveis, e não apenas plausíveis; mediatos e imediatamente futuros, mas não remotos no tempo; que se possa indicar alguma base lógica ou empírica de evidencialização (MENDONÇA, 2018).

Assim, para que se cumpra com o dever de expressar tais consequências, o julgador fará uso de técnicas de diálogos intra e extraprocessuais, buscando simetria informacional (MENDONÇA, 2018). Num viés topográfico, Mendonça sustenta que o julgador pode destinar o último capítulo de sua decisão para expressar as consequências ou a ausência delas, sendo importante estarem sustentadas por base empírica. Ainda: “consequência não é palpite, é derivação lógico-jurídica ou cogitação empiricamente sustentada” (MENDONÇA, 2018).

3.4 Nova interpretação ou orientação e o dever das autoridades de buscar a segurança jurídica

Estuda-se neste ponto do trabalho os artigos 22, 23, 24 e 30, da LINDB. A opção por reunir esses dispositivos normativos não foi aleatória. Os três mandamentos a serem analisados tem um papel importante na segurança jurídica. Eduardo Jordão (2018), estudando o art. 22 da LINDB, argumenta que o dispositivo é um “pedido de empatia” com o gestor público. Há, assim, prevenção na situação de o julgador se colocar na posição de tomar ou substituir decisões administrativas, pois há que se considerar os ônus que o administrador enfrenta.

Jordão (2018) também sustenta que a presença da imposição de “consideração a obstáculos e dificuldades reais” implica o dever de que tais elementos integrem a motivação dos atos administrativos. Em termos práticos, o jurista aduz que caberia ao controlador estabelecer diálogo com o gestor, ou até mesmo requerer informações, em caso de omissão

(JORDÃO, 2018). Os obstáculos, a título de exemplificação, podem ser de natureza temporal, orçamentária e de pessoal, como a falta de verbas, tempo escasso para a execução da ação, déficit de pessoal, deficiências de material de escritório, infraestrutura para o trabalho, etc (JORDÃO, 2018).

Defende que se o ambiente de aplicação da norma abstrata não é sólido, mas, sim, arenoso, devendo o controlador levar em conta as demais teses jurídicas (diversas da sua) ao decidir. Nesse passo, Eduardo Jordão (2018) defende que ao controlador impõe-se nesses casos uma posição mais deferente em relação à escolha da administração pública. Floriano Marques Neto (2018), um dos idealizadores do projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655/18, comentando o art. 23, afirma que sua incidência ocorre nas três esferas (administrativa, controladora e judicial), além de orientar a atividade dos três poderes que constituem o Estado, tendo a lei uma dimensão bastante alargada.

Isto é, toda decisão que imponha efeitos jurídicos diretos ou indiretos deve observar o regime de transição do art. 23. Em resumo, desenvolve o jurista o seguinte: “(i) a decisão deve inovar entendimento; (ii) deve se tratar de decisão que interpreta outra norma, de conteúdo indeterminado; e (iii) que ao dar esta hermenêutica inaugura uma nova obrigação ou condicionamento” (MARQUES NETO, 2018).

Escrevendo a respeito dos objetivos do art. 30, da LINDB, Egon-Bockmann (2018) Moreira concebe que pretende o dever de criação de precedentes *lato sensu* (nas esferas administrativa, controladora e judicial), funcionando como critérios de racionalidade, legitimidade e institucionalidade da decisão pública.

4. Controle jurisdicional do ato de governo na nova LINDB

Neste capítulo se analisará as implicações interpretativas e os possíveis efeitos da nova LINDB no campo do controle judicial do ato de governo ou político.

Inicialmente, com o máximo respeito, registra-se discordância com o posicionamento de Marçal Justen Filho acerca dos efeitos do art. 20 da legislação federal em estudo sobre a atuação judicial. O administrativista sustenta que o CPC de 2015 já contempla norma mais específica sobre o tema, no caso, o art. 489, §1º, da lei processual. De fato, o citado dispositivo previu a necessidade de fundamentação mais robusta, exigindo correlação entre conceitos jurídicos indeterminados e a causa a ser julgada, o que poderia ser correspondente à exigência de explicitação dos “valores jurídicos abstratos” trazida pela LINDB. Porém, não há menção da redação do artigo à necessidade de o juiz considerar as consequências práticas de sua decisão. Os comandos do art. 489 da lei processual se limitam a explicar algumas técnicas de redação. Com a nova LINDB, além de o juiz ter que se preocupar com as consequências reais de sua decisão na hipótese de se valer de conceitos indeterminados, tal indicação deve integrar a motivação, seja ela sentença, decisão interlocutória ou acórdão.

Outro comparativo possível com o CPC talvez fosse com o art. 300, que trata da tutela de urgência. Por óbvio, a concessão de decisões provisórias é possibilidade processualmente consolidada há muito. E é justamente essa a questão. Ora, o juiz, antes de conceder a decisão provisória (a exemplo, de urgência), deve perceber a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Mesmo sendo essa análise feita em juízo de cognição sumária, para que o magistrado seja capaz de verificar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, ele antes faz incursão nas consequências práticas da sua decisão, seja pelo deferimento, seja pelo indeferimento da medida. Esse exercício facilita a generalização do procedimento na hipótese prevista pelo art. 20 em comento.

Não se pretende sustentar, de modo ingênuo, que de fato seja esse o processo mental feito pelos magistrados em todas as suas decisões. Ocorre que essa é uma exigência da lei processual para a concessão de decisões provisórias (que existem, e surtem efeitos jurídicos e práticos

relevantes). Nesse passo, o que o art. 20 da lei pretende é a generalização desse procedimento pelo juiz na situação de fazer mão de valores jurídicos abstratos em suas decisões e, ainda mais: que esse processo mental conste da redação da decisão jurídica. Ou seja, realmente o CPC foi um marco na questão da motivação e fundamentação das decisões judiciais, inclusive na criação de precedentes, todavia, a LINDB surge reforçando alguns pontos, complementando outros e inovando em outros tantos, notadamente em matéria de direito público.

No que tange ao controle judicial do ato político, foco do presente trabalho, sustenta-se que mereceu uma releitura a partir do texto da LINDB.

4.1 Releitura do controle judicial proporcionada pela nova LINDB e seus reflexos no controle do ato político

Sabe-se que a regra geral seria o “não-controle”, a “deferência” ou “insindicabilidade” dessa espécie de ato administrativo. Igualmente relevante é o registro exemplificativo de atos administrativos que podem se enquadrar como políticos ou politicamente sensíveis, tais como atos específicos do processo legislativo, nomeações ao Ministério de Estado, declaração de Estado de Sítio, decretação de intervenção federal, entre outros.

Entretanto, percebe-se hoje uma intensificação do controle judicial dos atos políticos pelo poder judiciário pátrio. Não sendo este fenômeno exclusivo do controle do ato de governo, fala-se hoje em um protagonismo judicial. Esse protagonismo se substancia em vícios da atuação legislativa associados à conjugação de interesses de grupos e à desilusão política, tornando a tensão entre os poderes pauta do judiciário, que se torna a última trincheira (COURA; PAULA, 2018, p. 65).

No mesmo passo, Estefânia Barbosa e Katia Kozicki (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 61) afirmam que esse cenário aumenta a responsabilidade do Poder Judiciário, definindo os próprios limites dos demais poderes. Assim, discute-se a existência de um deslocamento parcial do

locus da política para a seara judicial (BENVINDO, 2018). Nesse cenário de protagonismo, segundo diagnóstico de Alexandre Coura e Quenya Paula (2018), a autonomia judicial e a judicialização da vida enlaçam-se a uma expansão de interposição de assuntos variados, até mesmo fixando ditames não contemplados pelo legislador.

Segundo Emerson Gabardo (2017), o imbróglio é que se percebe um apelo à “moral social”, e isso é perigoso devido a não garantia de existência de respaldo constitucional em todos os casos. Alerta que a tradução dessas concepções morais em normas jurídicas produz resultados desastrosos. Na crítica, o autor cita exemplos como a reversão judicial de reprovação escolar apesar da existência de avaliação educacional especializada e a concessão de aposentadoria por invalidez cujo fundamento seria a dificuldade para uma mulher de quarenta anos conseguir emprego, em que pese o atestado médico tenha concluído pela inexistência de invalidez (GABARDO, 2017).

O controle do ato de governo faz parte do diagnóstico, refletindo a insegurança jurídica generalizada percebida hoje na atuação judicial. Veja-se casos como o afastamento liminar pelo STF de presidente do Senado Federal (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016) sem previsão constitucional para tal (com posterior cassação da decisão pelo plenário), a dificuldade na nomeação de Ministros de Estado (CARVALHO, 2018), requisição de intervenção federal na ALEP feita por Tribunal de Justiça com posterior perda do objeto (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009), entre outros casos.

Descrito o ambiente atual em que vigem as alterações na LINDB, é crucial lembrar de seu propósito de garantir a segurança jurídica no direito público, incluindo as decisões judiciais de controle da administração.

4.2 A intensidade do controle na nova LINDB

Diante do exposto até aqui, vislumbra-se a possibilidade de o texto normativo da nova LINDB implicar releitura da intensidade do controle da

administração pública e, especialmente, do controle judicial dos atos de governo. Em comentários ao art. 21 da lei, José Vicente Santos de Mendonça (2018) sustenta que o controle deve ser feito sobre ou se as consequências da invalidação intentada foram ou não indicadas (acrescenta-se: observadas as instâncias e competências constitucionais e legais para tal).

Qualitativamente, o estudioso defende que o controle se dê de modo fraco (ou com menor intensidade), havendo uma presunção relativa de validade do ato controlado (MENDONÇA, 2018). Segundo a tese, “o controle judicial intenso a respeito das consequências poderia tornar as coisas ainda piores. O hipercontrole não se quebraria, mas poderia se tornar ainda mais irracional” (MENDONÇA, 2018, p. 56). Ainda comentando o dispositivo supracitado, Mendonça escreve que a intensidade judicial do controle a respeito da “regularização proporcional” (exigida pelo parágrafo único do art. 21) também deve ser fraca (MENDONÇA, 2018).

Alegando uma opção pelo consequencialismo consequente, o referido administrativista afirma que o controle agora deve ser razoavelmente deferente, devendo as invalidações assumirem relativa responsabilidade pelas mudanças e reestruturação da normalidade (MENDONÇA, 2018). Em suma, o autor defende que é contra o hipercontrole que se afirmam as alterações na LINDB (MENDONÇA, 2018). Eduardo Jordão (2018) persegue o mesmo ponto, advogando que o art. 22 da lei pode ser entendido como fundamento específico para a adoção da deferência judicial (do controlador) às “interpretações razoáveis” da administração pública.

Jordão (2018) explicita que, mesmo que a “escolha interpretativa razoável” da administração não corresponda à interpretação do controlador, deverá este prestar deferência àquela. Desse modo, as alterações da LINDB indicam, em respeito à segurança jurídica no direito público e à tecnicidade das decisões, um controle mais deferente, mais fraco em relação aos atos administrativos.

Sendo o controle, em geral, mais deferente, mais contido, o que se dirá do controle de questões politicamente sensíveis e do controle de atos de governo, cuja interferência na agenda dos demais poderes é imediata?

Esses serão igualmente cobertos pelo exercício de contenção e da presunção relativa pela qual o judiciário deverá se orientar.

5. Considerações finais

Aventou-se o que entendem diversos estudiosos da administração pública a respeito dos elementos do ato administrativo sujeitos a controle pelo poder judiciário. Ainda, dissertou-se sobre as alterações propostas pela nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Vislumbrou-se o propósito da tentativa de aprimorar a segurança jurídica no âmbito do direito público, por intermédio da adoção de diversos critérios interpretativos que agora devem ser observados tanto por órgãos de controle administrativo ou judicial, como pelos próprios administradores públicos.

Raciocinou-se que os “valores jurídicos abstratos” referenciados pelo texto legal da lei em voga podem ser entendidos como os princípios jurídicos e os conceitos indeterminados em geral, em atenção ao contexto da redação pretérita da LINDB e a introduzida pela alteração legislativa. Assim, a exemplo, o princípio da moralidade e o desvio de finalidades são identificados como essa espécie de valor. O propósito legislativo foi, então, tornar esses valores concretos, reais.

Nesse passo, o intérprete-juiz que pretender fazer uso desse reforço argumentativo deve explicitar o conteúdo desses valores e, a partir disso, sua aplicabilidade ao caso a ser julgado. O próximo passo seria a indicação das consequências práticas da sua decisão e, para isso, pode o intérprete valer-se do conhecimento científico, de base empírica, quando for o caso.

Viu-se que o termo “necessidade e adequação da decisão” exigem do julgador a aplicação do princípio da proporcionalidade e razoabilidade, o que reforça algo já consolidado no direito vigente, muito embora ainda seja obtusa a sua aplicação. Com a nova lei, sensível ao objetivo de segu-

rança jurídica, esse mandamento não legitima qualquer ponderação. Esse raciocínio deve ser transparente e constar da decisão em item específico.

O mesmo se pode dizer da regularização proporcional e equânime, que exige a consideração dos interesses gerais quando da invalidação de um ato administrativo. Isso quer significar que – fazendo uso do exemplo de José dos Santos Mendonça Filho –, a regularização deve ser adequada no caso de recuperação da validade de determinado decreto de utilidade pública: indica-se a republicação, e não a compra e venda. Os interesses gerais, são os interesses de todos, além das partes envolvidas.

Firmou-se que as consequências administrativas e jurídicas da decisão são as consequências expressas pelo judiciário e administração pública, respectivamente, em sua seara decisória, abrangendo direitos, deveres e sua execução. Ultimou-se que nova interpretação ou orientação jurídica deve ser precedida de período transitório, justamente em vista da mudança de entendimento, tendo em vista que as ações, orientações, pareceres e atividades jurídicas em geral levam em conta o entendimento majoritário, consolidado e perpetuado pelos órgãos judiciais, quando existentes.

Averiguou-se que as alterações vigentes na LINDB ensejam uma releitura do direito público e, por consequência, do controle jurisdicional da administração. Nesse contexto, o controle judicial do ato político sofreu os efeitos dessa mudança inclusive paradigmática. Por esse caminho, houve releitura da intensidade do controle. Os reflexos possíveis sobre os atos administrativos politicamente sensíveis ou de governo dizem respeito à maior deferência judicial que se exige.

A partir das construções argumentativas verificadas ao longo do trabalho, descobriu-se que é válida a conclusão de que os atos administrativos passam a ser dotados de uma presunção relativa de legitimidade superior à vigente no direito administrativo hoje, em virtude de se evitar a revisão judicial exacerbada da administração.

Quanto aos atos de governo, especialmente por seu germen político e discricionário, a insindicabilidade se faz igualmente presente, devendo o magistrado evitar o controle de atos desta estirpe. Assim, não havendo

respaldo sólido jurisprudencial e doutrinário acerca da pretensão da decisão, não se deve decidir em determinado sentido. Essa avaliação deve vincular os juízos de primeiro grau e afetar os juízos monocráticos dos tribunais colegiados estaduais, regionais e superiores.

Viu-se que mesmo os atos governamentais ou políticos possuem consequências práticas a serem levadas em consideração pelo julgador quando da concessão de decisões pela invalidação do ato. Isso porquanto há a definição pelo judiciário da agenda de outro poder da República, são cada vez mais comuns os vai-e-vem de liminares, além de que o poder judiciário se mostrar dissidente na orientação do controle dos atos de governo.

Referências

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 8, n. 1, p. 059085, jan. 2012. ISSN 23176172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>>.

BENVINDO, Juliano Zaiden; ACUNHA, Fernando José Gonçalves. O papel da política na atuação das cortes supremas: uma comparação entre Brasil e México. **Novos estudos. CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 1, p. 57-79, abr. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So10133002018000100057&lng=en&nrm=iso>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em Mandado de Segurança. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes. Impetrante: Partido Popular Socialista. Impetrado: Presidente da República. MS 34.070 DF. 18/03/2016. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms34070.pdf>>. Acesso em 09/08/2017.

BRASIL, Tribunal Regional Federal. 5ª Região. Apelação em Ação Civil de Improbidade Administrativa. Acórdão. Relator: Desembargador Federal André Luis Maia Tobias Granja. Apelante: Ministério Público Federal. Julgamento em 07/03/2018. 2018h. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=pdf&tipo=1&coddoc=443337>>.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O Imbrólio na nomeação de Ministros de Estado.

Revista Direito do Estado, ano 2018, n. 390. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/raquel-melo-urbano-de-carvalho/o-imbroglio-na-nomeacao-de-ministros-de-estado->>.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei nº 7.448-A, de 2017. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1614971.pdf>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Almedina: Coimbra, 2011. p. 269-270.

COURA, Alexandre Castro; PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e o procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 116, jan./jun. 2018, pp. 63-112.

CRETELLA JÚNIOR, José. A prova no "desvio de poder". **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 197-216, out. 2002. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46342/45113>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

GABARDO, Emerson; CASIMIRO, Ligia Maria Melo e. Uma análise econômica do direito à moradia. **Revista Internacional de Direito Ambiental**. Vol. 4, n. 11, mai-ago, 2015. pp. 53-74.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 20 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.vo.2018.77650>.

_____. **Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle**. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 13-41, nov. 2018. ISSN 22385177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>>. Acesso em: 17 Dez. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.vo.2018.77648>.

MARRARA, Thiago. **O conteúdo jurídico do princípio da moralidade**: proibidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Art. 23 da LINDB - O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 93-112, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77651/74314>>. Acesso em: 21 Jan. 2019. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.vo.2018.77651>.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. O desvio de poder. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 172, p. 1-19, abr. 1988. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45835/44095>>.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari**. In: FERNANDO LEAL e JOSÉ VICENTE SANTOS DE MENDONÇA (Org.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77649>>. Acesso em: 20 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.vo.2018.77649>.

- MOREIRA, EgonBockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB - O dever público de incrementar a segurança jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 243-274, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657/74320>>. Acesso em: 21 Jan. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.vo.2018.77657>.
- MOREIRA, EgonBockmann. **Processo administrativo**. 4. ed, São Paulo: Malheiros, 2010.
- RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Considerações acerca do Desvio de Finalidade. **Revista Direito do Estado**, ano 2016, n. 115. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/silvio-luis-ferreira-da-rocha/consideracoes-acerca-do-desvio-de-finalidade>>.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica jurídica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. São Paulo: A Casa, 2017.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SALAMA, Bruno Meyerhof. Chegou a hora de mudar a velha Lei de Introdução. **R. de Dir. Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 14, n. 54, p. 209-211, abr./jun. 2016.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Liminar afasta Renan Calheiros da Presidência do Senado**. 05 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331246&caixaBusca=N>>.
- _____. **Tribunal de Justiça pede intervenção federal na Assembleia Legislativa de Alagoas**. 22 de setembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113565>>.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v. 1**: Lei de Introdução e Parte Geral. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- TEIXEIRA, Alan José de Oliveira; ANDRADE, Luiz Gustavo de. Guerra de liminares e fragilidade jurídica no controle judicial da nomeação do ex-presidente Lula à Casa Civil e o caso Moreira Franco. In: ANDRADE, Luiz Gustavo de; ARRAES, Roosevelt (Org.). **Guardiania judicial**: entre a segurança jurídica e a política. Curitiba: Ap-pris, 2018. p. 185-204.

TORRES, Heleno Taveira. Segurança Jurídica e Limites do Âmbito de Aplicação do Princípio da Proporcionalidade. In: MARQUES NETO, Floriano Azevedo et al. **Direito e Administração Pública**: Estudos Em Homenagem a Maria Sylvania Zanella Di Pietro. São Paulo: Atlas, 2013.

VALIATI, Thiago Priess; MUNHOZ, Manoela Virmond. O impacto interpretativo da Lei nº 13.655/2018 na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa: a confiança no agente público de boa-fé para inovar na Administração Pública. **R. bras. de Dir. Público – RBDP**, Belo Horizonte, v. 16, n. 62, p. 1-284, jul/set 2018.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem somos**: a magistratura que queremos. Rio de Janeiro: Associação dos Magistrados Brasileiros, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. **Judiciário e orçamento público**: considerações sobre o impacto orçamentário de decisões judiciais. 167 f. Tese (Mestrado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ZANCANER, Carolina. Alguns apontamentos sobre o desvio de poder. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, v. 1, n. 1, pp. 1-30, 2008. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/727>>.

Neoconstitucionalismo no Brasil: protagonismo político - institucional exercido por juízes ou efetivação da democracia?

*Caio Ferreira de Souza*¹

1. Introdução

A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF), em tempos de crise institucional entre os Poderes, colocou definitivamente o Direito Constitucional sob os holofotes. Cada um dos ministros do STF, visualmente conhecidos pela população, possui uma recepção diferente pela opinião pública. O advento e popularização do Judiciário e de seus representantes ocorrem nesse século, nesse momento. A aparição desses juízes é notória, visto que todos os dias, os diversos meios de comunicação os exibem em matérias jornalísticas que invadem os lares brasileiros. Dessa forma, as pautas que antes eram debatidas e restritas tão somente aos ministros da mais alta Corte do país hoje, por sua vez, são alvo de preocupação e diálogo por considerável parcela da sociedade civil.

De qualquer forma, os juízes, mesmo sob vigilância da opinião pública (que possui posições próprias, polêmicas e muitas vezes dissidentes), ainda adquirem uma perigosa postura de decidir conforme suas predisposições políticas pessoais, sem o império da lei. Existe, as-

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. É pesquisador voluntário pelo Projeto de Iniciação Científica Voluntária (PIVIC) pela DIRPE - UFU. É membro do grupo de pesquisa intitulado "Poder Judiciário e Teorias Contemporâneas do Direito" (CNPq - UFU), liderado pelo Prof. Dr. Alexandre Garrido da Silva.

sim, uma ausência de justificação das decisões, o que doutrinariamente denominou-se, grosso modo, de ativismo judicial. Aliado a isso, existe uma protagonização do Poder Judiciário que ofusca, em certos momentos, os demais Poderes, havendo a transferência do poder decisório de representante eleitos para magistrados não eleitos, isto é, judicialização da política. Ademais, a nova postura dos juízes não ocorre por acaso, por mera vontade dos atuais juízes ou pela excessiva exposição midiática. Repercuta uma ideologia, um fenômeno propiciador de tais posturas que se denominou (não pacificamente) de neoconstitucionalismo.

Dessa forma, faz-se necessário conhecer e estudar esse fenômeno, que, a partir das diversas e conflitantes teorias que o compõem, possuem uma organização própria e um arcabouço doutrinário que tem se consolidado e legitimado no ordenamento jurídico brasileiro, apesar dos seus críticos julgarem essa modalidade constitucional perigosa e não democrática.

Os seus defensores, entretanto, rechaçam a visão que o neoconstitucionalismo é antidemocrático. Isso é veemente negado. Entendem que, no Brasil, somente após a promulgação da Constituição de 1988, efetivaram-se, devidamente, os direitos fundamentais no ordenamento próprio, portanto, não haveria algo mais democrático que o próprio constitucionalismo contemporâneo que permitiu o reconhecimento de direitos à população.

Considerando essa discussão, o presente artigo nasce para compreender essa dialética, realizado sob revisão bibliográfica, a fim de obter a elucidação do caráter neoconstitucionalista.

2. Do constitucionalismo moderno ao surgimento do neoconstitucionalismo

Na Idade Moderna, com a superação do pensamento medieval e o conseqüente advento de novos ideais filosóficos próprios de uma corrente inaugural antropocentrista, surge, consonante a esse processo de

transição, o ideal de Constituição. Apesar das particularidades que cada país possuiu na construção da sua própria matriz jurídica, referidas realidades normativas exaltam “o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização política, social de uma comunidade”, isto é, o Constitucionalismo. (CANOTILHO, 1997, p. 51).

O constitucionalismo moderno apresenta dois elementos fundamentais que o norteiam: a limitação do poder do Estado e a declaração de direitos da pessoa.

Limitava o Estado, pois apresentava uma rigorosa separação de poderes (realidade que, observadas as modificações históricas, ainda persiste atualmente enquanto princípio basilar). Observava-se, da limitação do Poder do Estado, a construção estruturada do Estado: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuíam suas atribuições e poderes previamente estabelecidos, com rígida definição anterior. Diferente do que se nota atualmente, e que será discutido posteriormente no presente artigo, o Poder Legislativo era valorizado em detrimento dos demais, pelo fato de que representava o povo e suas vontades, bem como se coadunava com o Estado Mínimo. (CADERMATORI, DEMARCHI, 2010, p. 11).

No mesmo sentido, a Constituição declarava os direitos da pessoa, pois decretava um rol de direitos do homem: uma série de prerrogativas que este possuía em desfavor do Estado. Por sua vez, eram apresentadas em documento escrito, conciso e rigoroso. Apesar da existência de tais direitos descritos em uma Constituição, até a Segunda Guerra Mundial, a cultura jurídica não atribuía às Constituições força normativa. Isso significa dizer que apesar de o Constitucionalismo moderno exaltar os direitos do homem, estes estavam à disposição do legislador para sua mera inspiração, em que pese que as Leis editadas pelo Parlamento (como já dito graças à prevalência do Legislativo) tinham maior relevância que a própria Constituição. Na prática, pouco valiam, efetivamente, os direitos assegurados constitucionalmente contra o arbítrio das autoridades. (SARMENTO, 2009, p.2)

No século XX, incide um conjunto de transformações históricas e que o Constitucionalismo também acompanha. Enquanto no passado, o Poder Legislativo possuía maior relevância político-institucional, aqui já existiu a consolidação de um Estado Intervencionista (e não mais mínimo) que, diferente de antes, ensejou a relativização e supressão de direitos e princípios liberais frente a um mundo caótico repleto de guerras, regimes totalitários e crises socioeconômicas críticas.

Apesar de os direitos sociais já serem inaugurados em documentos que antecedem a Segunda Guerra Mundial, vide Constituição de Weimar (1919), na cultura jurídica tradicional da época, os direitos fundamentais só foram consagrados após a superação dos regimes totalitários e seus horrores conexos, com a elaboração de mecanismos protetivos. (CADERMATORI, DEMARCHI, 2010, p. 10-13).

É curioso e necessário observar a estrita relação do Constitucionalismo e da história. Sempre haverá esta conjunção, pois a Constituição reflete o cenário sociopolítico e cultural de sua formação. Visto isso, afirma-se que o Constitucionalismo, moldado pela realidade, responde aos anseios do que se espera em determinada situação histórico-política.

Essa formulação de um nascente Constitucionalismo contemporâneo (ou Neoconstitucionalismo) emerge como uma resposta às anteriores atrocidades que traumatizaram diversos povos, vítimas do total desrespeito às garantias fundamentais:

“A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se por um lado essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro lado, foram responsáveis pela reação que culminou com o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.” (NOVELINO, 2016, p. 52)

Superficialmente, sem que se analisem suas consequências práticas e impactantes, no campo teórico, pode-se definir o neoconstitucionalismo como:

[...] um conjunto de posturas que adquiriram um sentido comum ao buscar interpretar e explicar o direito dos Estados constitucionais, principalmente os que no pós-guerra e em repúdio aos recém-depostos regimes autoritários, adotaram constituições caracterizadas pela forte presença de direitos, princípios e valores e de mecanismos rígidos de fiscalização da constitucionalidade” (CADERMATORI, DEMARCHI, 2010, p. 13)

Em realidade, essa conceituação é obscura e não exterioriza as nuances que o neoconstitucionalismo carrega. De qualquer forma, o que se depreende da fase preliminar do constitucionalismo contemporâneo é que a Constituição ganha um novo significado em decorrência das transformações de ordem social, econômica, espacial e temporal, revelando-se uma força normativa inexistente em outrora, o que permite compreendê-la como algo maior que um mero documento, senão um meio efetivamente coadunado com a democracia e com os direitos da população.

3. Definição conceitual do fenômeno: extensão e imprecisão

Existe grande dificuldade em conceituar o que vem a ser neoconstitucionalismo, pois é demasiadamente amplo, estando nele inseridos posturas jusfilosóficas inclusive conflitantes entre si. No entanto, essas visões dissidentes foram reunidas dentro de uma mesma seara ideológica por possuírem características que se assemelham. Nesse espeque, compreende-se do neoconstitucionalismo:

[...] uma ampla diversidade de posições jusfilosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque [...] não exista um único neo-

constitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa. (SARMENTO, 2009, p.2).

Logo, é correto afirmar a inexistência de um singular neoconstitucionalismo, mas a validade de neoconstitucionalismos. O que os une sob o mesmo julgo denominador é que todas as posições jusfilosóficas defendem a mutação da cultura jurídica.

As características comuns desse conjunto de teses e posições jurídicas, segundo Silva, (2008, p. 123) seriam:

“[...] A) a compreensão do texto constitucional como uma ordem de valores, concretizada normativamente, por sua vez, por intermédio dos princípios e regras jurídicos; B) a interpretação da Constituição não é apenas jurídica, mas também – e sobretudo – moral, cujos resultados condicionam fortemente a liberdade do legislador democrático; C) possui uma forte propensão a extrair, na maior medida do possível, uma eficácia direta e irradiante dos princípios constitucionais; D) o Poder Judiciário tende a ser visto como a instituição mais adequada para a ‘reconstrução’ dos valores e princípios fundamentais que norteiam a comunidade política e que definem, por sua vez, o consenso básico que fundamenta normativamente a Constituição.”

Ante o exposto, é necessário elucidar qual modalidade neoconstitucionalista há de se analisar no presente artigo. Esclarece-se que o neoconstitucionalismo de ordem substancialista (isto é, a defesa e proeminência do Poder Judiciário como instrumento de efetivação de direitos de grupos marginais que não possuem condições de acessar seus poderes políticos) é a modalidade aqui discutida, excluindo as demais que se antagonizam com esta. Não são alvos de análise ou discordância os neoconstitucionalismos contrários ao de matriz substancialista, no presente trabalho.

O neoconstitucionalismo aqui debatido poderia ser definido como um modelo que defende no ordenamento jurídico “mais princípios que

regras; mais ponderação que subsunção; mais Constituição que lei; mais juiz que legislador” (PIETRO SANCHÍS, 2003, p. 59).

Dessa forma, o neoconstitucionalismo substancialista merece uma análise mais profunda, a observar que possui maiores nuances, impactos e consequências.

Perante essa nova concepção axiológica do Direito que se opõe à visão jusfilosófica tradicional, inflamadas discussões sobre o assunto são evidentes. Há quem o defenda e há quem o critique. No entanto, apesar do relativismo pungente que enseja a divergência dos juristas brasileiros quanto ao acolhimento ou repúdio a esse fenômeno, as suas consequências antidemocráticas são pragmáticas e inadmitem “malabarismos ideológicos”.

4. Elementos essenciais do neoconstitucionalismo

Barroso (2007, p.1-3), um dos principais defensores dessa nova era jurídica, argui que o neoconstitucionalismo no Brasil foi um triunfo tardio para o Direito Constitucional pátrio. O ordenamento jurídico nacional renasce com a Constituição de 1988. Em suma, o que aconteceu na cultura jurídica dos países europeus pós-Segunda Guerra Mundial, ocorre aqui após a promulgação desse novo texto. Foi responsável, portanto, pela superação do autoritarismo.

Ademais, enquanto filosofia lê-se o neoconstitucionalismo como a emergência de um pensamento em conformidade com o pós-positivismo (outro termo que do primeiro se distingue, mas que é também extremamente impreciso²): diz-se muito que o último é marco filosófico do primeiro. Quem tais modelos defende também suscita a “superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo”(BARROSO, 2007, p.4) como condições para o advento de uma nova era.

2 Para uma discussão mais completa, ver: SILVA, Alexandre Garrido da. Pós-positivismo e democracia: em defesa de um constitucionalismo aberto ao pluralismo. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XV, Manaus, 2006. Anais... Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_garrido_da_silva.pdf> . Acesso em: 25 set. 2019

Enquanto teoria, sustenta-se a existência de três elementos essenciais que a formam, quais sejam, a expansão da jurisdição constitucional; a existência de uma nova interpretação constitucional e a (inaugural) força normativa da Constituição (BARROSO, 2007, p. 5):

- 1) A jurisdição constitucional é expandida para que o Poder Judiciário seja responsável pela proteção dos direitos fundamentais.
- 2) Do recente fato de que as normas constitucionais agora são também jurídicas e vinculantes, nasce uma nova interpretação constitucional pós-positivista atinente a tais mudanças. Elaboram-se também um catálogo de princípios e valores que adquirem função instrumental na atividade interpretativa da norma.
- 3) A Constituição adquire força normativa, e isso significa dizer que seus dispositivos possuirão caráter de aplicação obrigatória e vinculante ao ordenamento jurídico. Como consequência, tem-se a Constitucionalização do Direito.

A Constitucionalização do Direito é fenômeno latente da ordem neoconstitucionalista. O fenômeno citado é percebido quando ocorre a irradiação dos valores expressos na Carta Magna por todo o ordenamento jurídico, o que implica na diminuição de autonomia dos outros Poderes, incumbindo a estes a obediência aos valores que estão expostos em uma norma fundamental de hierarquia incontestável.

Basicamente, supera-se o dito “modelo convencional”, em que as normas eram vistas como regras e aplicadas pelo método da subsunção. Agora, o intérprete também participa ativamente da criação do Direito, por critérios ditos racionais hermenêuticos:

“A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete [...]” (BARROSO, 2007, p. 11)

Assim sendo, observadas as particularidades defendidas pelos juristas que apoiam a tradição neoconstitucionalista, é notório observar que

estes sempre objetivam demonstrá-la como um paradigma democrático de efetivação de direitos fundamentais, que a partir da Constituição, irradiam sua influência e força normativa por todo o ordenamento jurídico, além de viabilizar o Poder Judiciário como a instituição em excelência nos propósitos aparentemente democratizantes que pretendem obter.

De toda forma, tentam defini-la como própria de um vanguardismo democrático e o que a ela se contrasta como ultrapassado, totalitário, dentre outras denominações. Todavia, persistir no discurso que o neoconstitucionalismo prático atual enseja um ordenamento jurídico democrático é problemático, pois as consequências do fenômeno proporcionam vácuos democráticos comprometedores.

Infere-se que os direitos fundamentais, historicamente e inclusive no Brasil, nascem de uma nova ordem jurídica que os consagrou e que foi responsável pela criação de mecanismos que os protegessem. No entanto, como há de se confirmar, os desdobramentos do fenômeno ensejam outras situações marcadamente antidemocráticas, de tal forma que mesmo com a eventual defesa das garantias constitucionais, na prática, o fenômeno está a serviço do arbítrio.

O neoconstitucionalismo não pode ser considerado democrático tão somente por conferir eficácia aos direitos fundamentais. É evidente que a relação neoconstitucionalismo-democracia não é estreita, tampouco absoluta.

5. Consequências do neoconstitucionalismo

Cada um dos três elementos definidores do neoconstitucionalismo, listados acima, proporciona um impacto diferente no ordenamento jurídico brasileiro. Analisá-los permite a averiguação da hipótese e a conclusão do trabalho.

Da expansão da jurisdição constitucional, observa-se um totalitarismo constitucional. Da nova interpretação constitucional, incorre

insegurança jurídica. Da constitucionalização do Direito, quando extrema e desregrada, incide impedimento da atividade do legislador e, portanto, obstrui a vontade do povo.

5.1 Juristocracia ou totalitarismo constitucional

O primeiro argumento favorável apresentado acima se refere ao protagonismo do Poder Judiciário, nessa “Era de Direitos”, assim chamada pela valorização que se deu a estes, onde se constatou que os demais Poderes seriam omissos, insuficientes ou incapazes de lidar com a garantia e efetivação de tais garantias. (LEWANDOWSKI, 2009).

Cabendo ao Judiciário a responsabilidade em suprir a ânsia de direitos que o povo possui, repercute na população a preferência pelo Poder Judiciário na consecução pretendida. Inexistem motivações lógicas que expliquem porque os Tribunais seriam mais aptos para proteger e efetivar as garantias fundamentais. Significa dizer que a concepção de que o Judiciário é o Poder mais adequado para tal foi uma ideia construída e não fundamentalmente natural.

O embate entre a democracia majoritária e contramajoritária ressurge quando da discussão acerca dos direitos fundamentais. Estes devem ser aplicados ainda quando contrastam a vontade da maioria. Contudo, a eficácia dos direitos fundamentais reside na sua aplicação democrática e (eventualmente) contramajoritária, visto que a democracia em hipótese alguma pode ser vista como uma ditadura da maioria.

Apesar de o modelo atual, pelas circunstâncias de sua formação, conferir aos juízes a aplicação das garantias fundamentais, essa prerrogativa destes não deve ser em nenhuma circunstância absoluta.

Mesmo sendo o Judiciário o Poder a que se atribuiu a salvaguarda da Constituição, os juízes não foram eleitos e não representam o povo diretamente, em que pese que as decisões mais importantes e cruciais ainda devam ser tomadas pela população e não por juízes iluministas burocratas. Assim, a dialética nascida dos modelos de democracia encon-

tra resposta na moderação, no meio-termo. O excesso de democracia contramajoritária esvaece o caráter democrático da coisa.

Infelizmente, o neoconstitucionalismo substancialista é uma das principais causas incentivadoras da indevida proeminência do Poder Judiciário, que acarreta uma liberdade lesiva, incompatível com os valores democráticos e da Separação dos Poderes, princípio aparentemente mitigado quando da emergência da nova ordem constitucional.

O neoconstitucionalismo enseja que o juiz atue como intérprete e criador do Direito. Dessa forma, a discricionariedade consequente “acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente”. (SARMENTO, 2009, p.12), de maneira tal que estes possam moldar a Constituição e interpretarem-na convenientemente às suas predisposições políticas.

Denotam-se, dessa situação, dois fenômenos correlatos: a judicialização da política e o ativismo judicial.

O primeiro incidente é definido como o processo de transferência decisória de um eixo legitimamente representativo e majoritário para um órgão não eleito e não representativo, em que aqueles responsáveis por “fazer política” são “expropriados” de sua devida ocupação. Daí, o fenômeno, “mais amplo e estrutural, cuidaria das macro-condições jurídicas, políticas e institucionais que favoreceriam a transferência [...]” (SILVA, 2007, p. 122).

O segundo incidente é visualizado como “uma atitude, decisão ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões – prima facie de competência de outras instituições.” (Silva, 2007, p. 122). O magistrado ativista, portanto, movido por elementos principiológicos, axiológicos e políticos, sob influência da ordem neoconstitucionalista, adquire o poder de revisar, elaborar ou modificar pautas que não são de sua competência original.

Perfaz, portanto, uma “juristocracia”, um totalitarismo constitucional que denuncia o caráter antidemocrático do neoconstitucionalismo, pela excessiva discricionariedade que ultrapassa os limites institucional-

mente aceitáveis. Em realidade, inexistente aqui qualquer forma de democracia, pois o ativismo judicial não se confunde com a legítima democracia contramajoritária.

5.2 Nova interpretação constitucional

Apesar das diversas críticas apontadas, não é justo conferir ao neoconstitucionalismo ausência de racionalidade técnica. Muito pelo contrário: referida teoria não é sinônimo de pragmatismo.

Embora ambas as escolas teóricas possuam apreço pelo Poder Judiciário, o pragmatismo confere ao juiz uma discricionariedade muito mais intensa e vívida que a primeira. As características inerentes ao modelo pragmatista, quais sejam, o contextualismo, o consequencialismo e o anti-fundacionalismo, propiciam ao juiz julgar livre e indiscriminadamente, de tal forma que suas decisões devam sempre ser tomadas conforme as necessidades sociais, observando de antemão as consequências e possíveis resultados, além de rejeitar a aplicação de princípios, valores, dentre outras abstrações doutrinariamente construídas. (POGREBINSCHI, p. 2). A lei, basicamente, é substituída pela análise circunstancial do juiz.

No neoconstitucionalismo, isso não ocorre. É notória a preocupação dos juízes na elaboração de decisões fundamentadamente racionais e com forte carga principiológica e axiológica, enfim, influenciadas também pelo momento pós-positivista. Contudo, surge consequencialmente insegurança jurídica pela intensa abstração que as interpretações carregam, conforme acrescenta Sarmiento (2009, p.15):

“Um dos eixos centrais do pensamento neoconstitucional é a reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, que demandam muito dos intérpretes e sobretudo dos juízes em matéria de fundamentação das suas decisões. Porém, a prática judiciária brasileira recepcionou apenas parcialmente as teorias jurídicas de corte pós-positivista, e, aqui, a valorização dos princípios e da ponderação

não tem sido muitas vezes acompanhada do necessário cuidado com a justificação das decisões.”

Significa dizer que, apesar da preocupação com decisões articuladamente complexas, a prática judiciária brasileira carece de cuidado no que tange à segurança jurídica do ordenamento brasileiro. As decisões são doutrinariamente ricas, mas a sua justificação é escassa, visto que desprezam as regras previstas na legislação. As teorias estrangeiras foram recepcionadas de forma incompleta: admitiu-se a aplicação dos princípios, mas não se reconheceu a continuidade das regras (que rememoram o positivismo, algo que o pós-positivismo rechaça a existência). Eis a nova interpretação constitucional.

As regras legais ainda são imprescindíveis, pois, diferentemente dos princípios, são claras – por serem diretas e previamente estabelecidas – e proíbem interpretações muito extensivas ou incoerentes, garantindo ao ordenamento jurídico brasileiro, maior segurança jurídica e menor discricionariedade do juiz enquanto intérprete da lei ou criador do Direito.

Não se nega, em nenhum momento, a importância dos princípios. Constituem-se mandados de otimização muito úteis para a realidade normativa de um país. Todavia, a mera invocação destes desconectadas das regras implica em decisões judiciais vagas. E essa vagueza intensifica decisões judiciais heterogêneas e assimétricas, inexistindo uniformidade, mesmo quando estas são criadas sob influência de uma mesma fonte. A interpretação respaldada por um princípio admite resultados muito mais diversificados que a interpretação produzida a partir de regras.

A definição do princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo, permite múltiplas interpretações, o que não ocorre com certas regras previstas em lei. Daí se observa que os princípios propiciam que os juízes “substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias.” (SARMENTO, 2009, p. 15)

Havendo essa substituição, depreende-se que, eventualmente, o juiz pode decidir conforme seus pré-conceitos, pois, amparado por subjetivas determinações principiológicas, acaba por afastar as regras objetivas

contidas em Códigos democraticamente construídos pela vontade do povo.

Finalmente, que coexistam princípios e regras, onde a subjetividade do magistrado, por meio dos princípios, não viole a objetividade da norma, quando posta como regra.

Mais uma vez, assim como no tópico anterior, a ideia do neoconstitucionalismo como fenômeno que confere protagonismo político-institucional ao Judiciário é confirmada.

5.3 Constitucionalização do direito

A exaustivamente citada Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é uma elaboração jurídica fundamental e suprema do ordenamento pátrio. Em todas as dimensões, constitui-se um documento fantástico e essencialmente democrático. Não é à toa que foi alcunhada de “Constituição Cidadã” pela massiva participação de diversos setores da sociedade civil brasileira, que auxiliaram na sua construção através do envio de sugestões de emendas.

Inaugura a redemocratização do país, conferindo direitos e garantias fundamentais nunca antes previstas em uma Carta Magna brasileira. O emblemático e histórico discurso de Ulysses Guimarães, então presidente da Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988), expressa o compromisso social que a Constituição de 88 carrega, após 21 anos de ditadura civil-militar no país:

“Quando, após tantos anos de lutas e sacrifícios, promulgamos o estatuto do homem, da liberdade e da democracia, bradamos por imposição de sua honra: temos ódio à ditadura. Ódio e nojo. (*Muito bem! Palmas prolongadas.*) Amaldiçoamos a tirania onde quer que ela desgrace homens e nações, principalmente na América Latina.”³

3 Discurso completo em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendo-historia/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

Faz-se necessária essa análise quanto à Constituição, pois no presente artigo tanto se preocupou e se discutiu a essência democrática dos institutos que pode o leitor erroneamente pensar que o autor despreza a Constituição e seus valores fundamentais. Portanto, reafirma-se: a Constituição de 88 é um documento de importância incomensurável que deve ser protegido e resguardado para as atuais e futuras gerações.

Ocorre que o neoconstitucionalismo, pelos vácuos democráticos que produz, não está a serviço da democracia. Não obstante, o modelo reconhece a relevância que a atual Magna Carta possui, surgindo e consolidando-se do seu advento.

Preliminarmente, aduz Ávila (2009, p.3-4) que a Constituição, possuidora de princípios e regras, não deve ser vista como principiológica, mas regulatória, quando analisada da ótica quantitativa. O Título I contém os princípios, mas o restante do texto (Títulos II ao IX e ADCT) é composto de alguns princípios e muitíssimas regras. Portanto, conclui-se que a Constituição, mesmo consagrando princípios e garantias fundamentais, esclarece, no remanescente textual, a sua escolha pelas regras.

Visto isso, fica invalidada a tentativa da nova interpretação constitucional em desdenhar da importância das regras e da própria subsunção. Assim:

“Ao se admitir o uso dos princípios constitucionais, mesmo naquelas situações em que as regras legais são compatíveis com a Constituição e o emprego dos princípios ultrapassa a interpretação teleológica pelo abandono da hipótese legal, está-se, ao mesmo tempo, consentindo com a desvalorização da função legislativa e, por decorrência, com a depreciação do papel democrático do Poder Legislativo (ÁVILA, 2009, p.8).

Depreende-se que o neoconstitucionalismo, por supervalorizar a Constituição, acaba por causar sua desvalorização. É o que ocorre quando se tem a excessiva constitucionalização do Direito.

O caráter problemático da constitucionalização do Direito é que como a Constituição adquire essa força descomunal que influencia diretamente todas as ramificações do ordenamento jurídico, cria-se a

percepção de que a Constituição, de antemão, já decidiu tudo, o que nega a autonomia política do povo na realização de suas escolhas, o que se chamou de panconstitucionalização. (SARMENTO, 2009, p. 18).

Entretanto, a significativa contribuição da Constituição propiciou para os diversos ramos do Direito, como por exemplo, no processo penal, o enriquecimento do ordenamento pátrio a partir do fortalecimento de uma visão garantista. O que se critica são os excessos, o engessamento causado pela desregrada irradiação constitucional.

6. Considerações finais

Conclui-se que apesar das inovações, o neoconstitucionalismo substancialista propicia instantes de vácuos democráticos no ordenamento jurídico brasileiro. O fenômeno não está a serviço da democracia e proporciona, dessa forma, um protagonismo político-institucional dos juízes.

Devido a esse fenômeno, o princípio da separação dos poderes cede espaço para o surgimento de visões que empoderam os magistrados; ocorre a ascensão do Poder Judiciário frente aos demais Poderes; subsiste a judicialização da política e o ativismo judicial como fenômenos legitimados; constitucionaliza-se o Direito, estendendo a influência da Constituição para todo o ordenamento; criam-se técnicas de ponderação com a reiterada (e às vezes indiscriminada) utilização de princípios e fundamentação axiológica, a fim de superar quaisquer indícios de que o positivismo – e sua técnica de subsunção – sobrevivam.

De qualquer forma, é necessário reiterar que o neoconstitucionalismo aqui analisado foi o de matriz substancialista. Portanto, é dessa modalidade que se conclui pela essência antidemocrática. Os demais neoconstitucionalismos, pela impossibilidade de se investigar todos, não foram analisados. Assim, em relação a estes não é possível afirmar o mesmo. Contudo, como todos os neoconstitucionalismos possuem uma base comum, serão também consideradas antidemocráticas as correntes

que tiverem extrema compatibilidade com os pressupostos e elementos do neoconstitucionalismo discutido em tela.

Existem escolas que são classificadas como neoconstitucionalistas que, simplesmente pelo momento histórico em que foram criadas, foram assim alcunhadas. Mas tais modelos são excepcionais quando analisadas as diversas tradições neoconstitucionais. Um exemplo é a teoria defendida pelo jusfilósofo alemão Peter Haberle⁴, que em hipótese alguma anuiria com um totalitarismo constitucional exercido por juízes, visto que objetiva uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Assim, apesar de classificada como neoconstitucionalismo, não pode ser considerada antidemocrática, pois é incompatível com os pressupostos e características comuns ao neoconstitucionalismo substancialista, que por sua vez é a uma das visões que possui maior produção textual e, conseqüentemente, maior número de adeptos.

Reconhecido que o neoconstitucionalismo promove fenômenos como a judicialização da política e ativismo judicial, optou-se, por julgar razoável, que estes devem ser analisados em estudo específico futuro. De toda forma, visualizou-se a participação destes na violação do Princípio da Separação dos Poderes. Quanto à utilização de princípios e valores na atuação hermenêutica do intérprete, deve também este reconhecer o papel das regras. Não foram substituídas e ainda estão em vigência.

Finalmente, a Constituição de 1988 deve continuar ser observada como a concretização do Estado democrático de Direito, devendo ser protegida de tradições doutrinárias malélicas que corrompam seus ideais democráticos. Deve-se reconhecer seu caráter parcialmente principiológico, mas evidenciar, antes de tudo, que é um documento regulatório. Visto isso, não devem ser acolhidas referidas teorias neoconstitucionais substancialistas, sob pena de esvaziar seu potencial democrático. A recepção de tais inovações em nosso ordenamento jurídico deve ser empregada com moderação: “*Virtus in Medium Est*”.

⁴ Para aprofundamento, ver: HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1997

Referências

- ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA””. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>. Acesso em: 25 set. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In SOUZA Neto, Cláudio Pereira, SARMENTO, Daniel (orgs.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203-249.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- DEMARCHI, Clóvis; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo**. Revista USCS - Direito. Ano XI, n. 18, jan/jun 2010.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. 2009.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales**. Madrid: Trotta; 2003.
- PROGREBINSCHI, Thamy. **O que é pragmatismo jurídico**. Disponível em <http://www.cis.puc-rio.br/cedes/PDF/paginateoria/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019
- SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.
- SILVA, Alexandre Garrido da. Minimalismo, **democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas**. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 12, p. 107-142, out/dez 2008.

O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal: garantia de direitos *versus* violação de princípio constitucional

Matheus Henrique Dias

1. Introdução

A sociedade não pode esperar e aceitar a inércia do Poder Legislativo e a omissão do Poder Executivo na regulamentação de leis e no reconhecimento de pautas essenciais e por esse motivo está convocando o Poder Judiciário para soluções que envolvem desde a efetivação de políticas públicas a questões sociais.

Ao transferir o poder de decisão para o Judiciário sobre assuntos econômicos, sociais ou morais, especialmente na figura do Supremo Tribunal Federal, consolida-se o lado político da justiça brasileira.

O fenômeno da Judicialização, entendido como o deslocamento da decisão das instâncias políticas para as judiciárias, possibilita que a Suprema Corte seja a instância final com a última palavra em situações diversas e indispensáveis para a sociedade e com isso insere o Poder Judiciário no contexto de protagonismo político, social e midiático.

A Judicialização é o fato que permite a existência do ativismo judicial, a atitude expansiva e proativa de interpretar conforme a Constituição Federal, segundo os ensinamentos dos estudiosos Mayra Miarelli e Rogério Montai, entende-se por ativismo judicial:

O papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o

precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Diante de necessidades novas em que a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto da lei, é o momento em que o esforço do intérprete faz-se sentir. Tem-se como ativismo judicial, portanto, a energia emanada dos tribunais no processo da criação do direito (MIARELLI; LIMA, 2012).

Corroborando o entendimento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso explica didaticamente o fenômeno jurídico:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Necessário esclarecer que o ativismo judicial é fenômeno jurídico do Direito dos Estados Unidos da América, na qual existe uma maior aproximação entre a atuação do juiz e a do legislador através do Direito *common Law* (BARROSO, 2011).

A postura inovadora e corajosa está presente no Supremo Tribunal Federal por três circunstâncias: número de casos judicializados que crescem exponencialmente, mediação com Ministros que buscam a evidência na sociedade e o amplo rol de legitimados a provocar sua atuação, segundo o artigo 103 da Constituição Federal.

Segundo estudiosos e juristas, o caso *Marbury versus Madison*, em 1803, na Suprema Corte americana é o marco inicial do ativismo judicial, identificado o fenômeno como o caminho viável encontrado pelo órgão para interpretar a Constituição de forma mais ampla em consonância com os preceitos fundamentais.

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do poder Judiciário como intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Passou a ser lembrado universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes das maiorias legislativas (BARROSO, 2011).

A primeira vez em que o termo foi citado nos Estados Unidos da América, país criador, aconteceu mais de cem anos depois do caso *Marbury versus Madison* com o jornalista Arthur Schlesinger Jr. O artigo “*The Supreme Court: 1947*” publicado na Revista *Fortune* classifica a atuação dos magistrados da Suprema Corte em “ativistas” e “passivistas” quanto ao critério de interpretação jurídica submetidos em suas análises. (SCHLESINGER apud LINDQUIST; CROSS, 2009).

José Canotilho, renomado constitucionalista português, identifica duas correntes de interpretação constitucional que permitiram a origem e diferenciam os lados que formaram o ativismo judicial:

As correntes interpretativas consideram que os juízes, ao interpretarem a constituição, devem limitar-se a captar o sentido dos preceitos expressos na constituição, ou, pelo menos nela claramente implícito, aponta como limites de competência interpretativa a textura semântica e a vontade do legislador. Estes limites são postulados pelo princípio democrático.[...] De um modo geral, as posições não interpretativas defendem a possibilidade e a necessidade de os juízes invocarem e aplicarem valores e princípios substantivos – princípios da liberdade e da justiça – contra actos da responsabilidade do legislativo em desconformidade com o preceito da constituição. A mediação judicial concretizadora desses princípios é uma tarefa indeclinável dos juízes. (CANOTILHO, 2003).

As correntes apontadas possibilitam a compreensão da atuação restrita e ampla dos juristas, enquanto os interpretativos não valem da admissão da prática do ativismo, os não interpretativos postulam a máxima efetividade da norma constitucional ao colocar como submissão das leis tudo aquilo que seja necessário.

Os não interpretativos estão em conformidade com a força normativa da Constituição de Konrad Hesse, ao se referir à efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado, e para o jurista alemão, a norma constitucional deve ser revestida do mínimo possível de eficácia na vida social para não figurar como letra morta em papel. Neste sentido, afirmam Gerivaldo Alves Neiva e Luís Roberto Barroso, respectivamente:

Esta compreensão de Hesse importa que a Constituição deverá imprimir ordem e conformação à realidade política e social, determinando e ao mesmo tempo sendo determinada, condicionadas mas independentes (NEIVA, 2008).

Atualmente, passou a ser premissa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de impenetrabilidade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado (BARROSO, 2006).

O Supremo Tribunal Federal, fulcro de estudo do artigo, aparentando generosidade com os sentimentos sociais e as vontades da maioria, se baseia no compromisso de incorporar a realidade jurídica com a realidade social com atitudes ativistas que estão à mercê de abusos e exageros constitucionais, como o desrespeito à separação dos poderes.

A decisão com postura ativista, dotada de normatividade e com eficácia *erga omnes*, comprova o interesse da justiça em alcançar as garantias e valores fundamentais diante da inércia legislativa e/ou omissão executiva, confirmando, assim, a crise de legitimidade política da Democracia Liberal.

De um lado a garantia de direitos, na plena eficácia das necessidades sociais, e de outro lado à violação a princípio constitucional e democrático, no resguardo jurídico do controle de constitucionalidade.

A frase icônica de um dos políticos mais conhecidos da história, Winston Churchill, no mesmo ano em que foi citado o termo ativismo judicial, em 1947, de que “a Democracia é a pior forma de governo, com exceção de todas as outras formas que foram experimentadas de tempos em tempos” remete a ideia de crises como a de legitimidade política, supracitada, demonstrando que a Democracia não é plena e está sujeita a instabilidades e decadências, principalmente morais com a população. A interferência do Judiciário em assuntos dos demais Poderes pode ferir de morte a Democracia, haja vista o princípio em tela ser cláusula pétrea do

ordenamento jurídico brasileiro(CHURCHILL, 2018 apud CASTELLS, 2018).

A Teoria da Separação dos Poderes foi construída no processo civilizatório para equilibrar os entes e as funções estatais,mas também como forma de afastar as crises do governo e por essa razão se tornou princípio basilar nas Democracias.

O Brasil com desrespeitos históricos no ordenamento jurídico, principalmente nas Constituições Federais, transparece como o atrofiamiento do princípio universal tem consequências imediatas e mediatas no processo de representação da sociedade na vida política, jurídica e social.

2. A separação dos poderes e a nova concepção do princípio

O povo, detentor da pretensão organizacional do Estado, é a gênese de todas as esferas de poder. O estudo sobre o poder é uma construção histórica da civilização devido à importância de reconhecer a forma mais adequada de organização do Estado. Aristóteles, John Locke e Montesquieu se destacam por pensarem e idealizarem a tripartição dos poderes.

A obra “A Política” de Aristóteles, conhecida mundialmente como a base do entendimento político, fragmenta o Poder em três funções estatais: editar a lei, aplicar a lei e julgar a lei. Tal tripartição pode ser confundida com o atual modelo, entretanto Aristóteles concentrou todas as funções em apenas um órgão, em apenas um governante, o que causa desestabilidade entre as funções do Poder. Além disso, Aristóteles propôs, para a felicidade humana, três partes diversas do governo: deliberar assuntos públicos, tratar das funções públicas e o poder jurisdicional (ARISTÓTELES, 1985).

Milênios depois, no contexto da Revolução Gloriosa, John Locke com a obra “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil” realizou a divisão de funções do Poder em órgãos distintos: Executivo, Federativo e Legislativo, este último, para o pensador é o poder supremo e os demais devem ser submetidos a ele.

Em todo caso, enquanto o governo subsistir, o legislativo é o poder supremo, pois aquele que pode legislar para um outro lhe é forçosamente superior; e como esta qualidade de legislatura da sociedade só existe em virtude de seu direito de impor a todas as partes da sociedade e a cada um de seus membros leis que lhes prescrevem regras de conduta e que autorizam sua execução em caso de transgressão, o legislativo é forçosamente supremo, e todos os outros poderes, pertençam eles a uma subdivisão da sociedade ou a qualquer um de seus membros, derivam dele e lhe são subordinados. (LOCKE, 2003)

A ausência do Poder Judiciário deve ao fato, neste pensador, de que a função de definir as leis era superior às funções de executar, e, além disso, a função de julgar integrava o universo mais amplo de executar a lei, pela natureza das coisas.

A consolidação da Teoria da Separação dos Poderes, ao integrar no constitucionalismo, é feito do filósofo e político francês de formação iluminista, Charles-Louis de Secondat, conhecido mundialmente por Montesquieu.

As críticas iluministas a monarquia absolutista e ao clero católico foram primordiais para a elaboração do tratado político “O Espírito das Leis” em 1748.

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano. Tal teoria surge em contraposição ao absolutismo, servindo de base estrutural para o desenvolvimento de diversos movimentos como as revoluções americana e francesa, consagrando-se na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e Cidadão, em seu art. 16. (LENZA, 2011).

Nesta obra, Montesquieu defende um sistema de governo constitucional, a separação dos poderes, a preservação das liberdades civis, a manutenção da lei e o fim da escravidão.

O revolucionário redefiniu o Estado apontando para a necessidade do poder limitar o próprio poder em funções exercidas por órgãos diferentes e independentes para legislar, executar e julgar a lei, na forma mais coerente e adequada.

A indispensabilidade da separação em funções estatais de modo que afaste o poder absoluto advém da premissa de que um único homem ou um órgão controlador passa a abusar do Poder que lhe é conferido.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o Poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Legislativo, o Poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1997).

Fundamental destacarmos que diante do contexto histórico da formulação da Teoria da Separação das Funções, momento de busca da superação de regimes autoritários, para Montesquieu o Poder Judiciário teria de ser restrito para que a figura do juiz não se transformasse em legislador, haja vista o medo da época em permanecerem com arbitrariedades e discricionariedades traduzidas em ilegalidades e imoralidades nos julgamentos.

Celso Ribeiro de Bastos acredita que o termo correto para se referir a Teoria da Separação dos Poderes, nome dado pelo criador, deveria ser “Separação das Funções” e não dos Poderes, conforme esclarece: “qualquer que seja, no entanto, a forma ou o conteúdo dos atos do Estado, eles serão sempre fruto de um mesmo poder”, ou seja, a fragmentação acontece nas funções estatais e o poder é indivisível, uno e indelegável (BASTOS, 1995).

Sem dúvida, há uma nova acepção da teoria da separação dos poderes, ou, mais apropriadamente, teoria da tripartição das funções do poder, rente com

os postulados do neoconstitucionalismo. Há uma partilha de poder diferenciada da rígida separação dos poderes, que deve ser abandonada. [...] A separação dos poderes hoje não está jungida a um temor de invasão de um Poder pelo outro, mas sim numa finalidade utilitária, dividindo tarefas no interior do próprio Estado, visando melhorar sua eficiência(CARNEIRO JÚNIOR, 2012 apud FONSECA; MARCHESI, 2012).

A Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, éo marco de resgate da cultura e identidade brasileira após o período sombrio de desrespeitos aos valores democráticos e aos princípios humanos vivenciados na Ditadura Militar.

O texto constitucional renasce o princípio da separação dos poderes no ordenamento jurídico, de forma expressa, no artigo 2º: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, e, além disso, eleva à categoria de cláusula pétrea no artigo 6o, parágrafo 4º, o que significa a intangibilidade e inadmissibilidade de ser retirado do texto constitucional.

De acordo com a independência e a harmonia que disciplinam sobre a Teoria da Separação dos Poderes ou das Funções, as palavras de Marcelo Harger:

Nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, a busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados(HARGER, 2005).

O ponto destacado por Marcelo Harger sobre as atuações de um Poder através de funções estatais permitidas pelo princípio da indelegabilidade de atribuiçõesrelativizou a separação de poderes, clássica e original, em uma tradução menos rígida e estrita em prol do processo democrático e civilizatório em decorrências das mutabilidades nos contextos históricos.

Portanto, não há fundamentos sólidos para se sustentar que apenas observando a separação do exercício das funções dos poderes clássica (executivo, legislativo e judiciário), o procedimento democrático (escolha pela maioria) e as razões que são dadas na lei (legalismo), se estaria garantindo decisões racionais e coerentes. [...] A dignidade da pessoa humana e a inalienabilidade do direito à vida impõe uma nova leitura sobre a noção de separação dos poderes e do princípio democrático, pois não se pode utilizar arbitrariamente tais argumentos para afastar a possibilidade de judicialização dos direitos fundamentais sociais, sem se ponderar os interesses do caso concreto. (HARTMANN, 2011).

O sistema de freios e contrapesos é a interferência recíproca entre as partes do Poder com intuito de promover o equilíbrio e as invasões nas competências e por esse motivo são constitucionais desde que haja previsão legal, como a declaração de inconstitucionalidade pelo Judiciário de uma lei editada pelo Legislativo.

A separação dos poderes não é violada porque o sistema de freios e contrapesos possibilita a criação das funções atípicas, compreendidas como funções de caráter subsidiário, ou seja, uma parte do Poder somente pode exercer a função típica de outro em situações autorizadas constitucionalmente e, além disso, que pressupõem a inércia ou omissão do Poder em realizar seu compromisso.

Outro argumento importante contra o sistema é que ele jamais conseguiu assegurar a liberdade dos indivíduos ou o caráter democrático do Estado. A sociedade plena de injustiças criada pelo liberalismo, com acentuadas desigualdades e a efetiva garantia de liberdade apenas para um pequeno grupo de privilegiados, foi construída à sombra da separação dos poderes. Apesar desta, houve e tem havido executivos antidemocráticos e que transacionam de fato com o poder legislativo, sem quebra das normas constitucionais. Não raro, também o legislativo, dentro do sistema de separação dos poderes, não tem a mínima representatividade, não sendo, portanto, democrático. E seu comportamento, muitas das vezes, tem revelado que a emissão de atos gerais obedece às determinações ou conveniências do executivo. Assim, pois, a separação dos poderes não assegurou a liberdade individual nem o caráter democrático do Estado. (DALLARI, 2007 apud PINTO; ZANATA, 2007).

O Poder Judiciário, investido sem o processo eleitoral, quando convocado para responder sobre matérias judicializadas tende a assumir a postura do ativismo judicial com o princípio da separação dos poderes expandido para uma nova concepção contextualizada nas Democracias devido às crises de representação e representatividade.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula do Judiciário, concentra os chamamentos para o reconhecimento de direitos em razão disso pratica a nova concepção da separação dos poderes com o pressuposto de servir ao projeto de governo popular com o respeito às leis democráticas, a proteção aos direitos fundamentais e a garantia da evolução social.

3. O ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso em pesquisa apresentada na obra “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática” identifica as três principais aplicações do ativismo judicial no Direito brasileiro:

1) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; 2) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; 3) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008).

As posturas expansivas são múltiplas e por esse motivo as aplicações estudadas no artigo são exemplificativas e constituem aquelas de maiores incidências no Supremo Tribunal Federal.

No primeiro caso, o jurista verificou a aplicação na questão da fidelidade partidária, na qual a Corte decidiu em consonância com os princípios democrático, da moralidade e impessoalidade que a vaga do político eleito no Congresso Nacional pertence ao partido político.

As decisões nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 3.999 e 4.086 no Supremo Tribunal Federal, contra a Resolução 22.610/07 do Tribunal Superior Eleitoral, extraíram conforme a interpretação constitucional a ausência de qualquer vedação em normas e, assim, criou um novo tipo constitucional de perda de mandato parlamentar, além das quais se encontram expressamente previstas nos incisos do artigo 55 da Constituição Federal vigente.

Importante entendimento jurídico ao trazer mudança considerável na relação dos políticos eleitos com seus partidos e conseqüentemente o respeito com as ideologias que defenderam na eleição e com isso a segurança do mínimo respeito à vontade popular no depósito do voto.

A decisão de 2008 corresponde ao sistema proporcional sendo que no ano de 2015, o STF no julgamento da ADI 5.081 sobre a infidelidade partidária aprovou, em unanimidade, a tese: “A perda do mandato em razão da mudança de partido não se aplica aos candidatos eleitos pelo sistema majoritário, sob pena de violação da soberania popular e das escolhas feitas pelo eleitor” nos termos do voto do Relator Ministro Luís Roberto Barroso (BRASIL, 2008).

Na segunda aplicação do ativismo judicial no Direito brasileiro, tem-se o caso da verticalização quando o Supremo Tribunal Federal baseado na regra constitucional do princípio da anterioridade eleitoral da Constituição Federal barrou o desrespeito ao princípio da anualidade das novas regras sobre as coligações eleitorais que colocaram fim a verticalização.

Os legisladores pretendiam aplicação imediata na eleição de 2006, menos de um ano da aprovação da Emenda Constitucional nº 52, entretanto a Suprema Corte no modo jurisprudencial tornou o princípio da anualidade inviolável pelo julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.685 com decisão unânime e, assim, criou *status* de cláusula pétreia no artigo 16 da Constituição Federal.

Fica comprovada, portanto, a importância da interferência da cúpula do Judiciário em declarar que as novas regras eleitorais devem ter um tempo razoável, no caso um ano, para que a população possa entender

melhor sobre o que está mudando e impedir, de forma petrificada, que os legisladores não criem e/ou modifiquem regras eleitorais com a intenção de se beneficiar na eleição precedente e impossibilitar a renovação política.

A terceira e última aplicação exemplificada na pesquisa é sobre a implementação de políticas públicas pela incompetência ou falta de interesse do Legislativo e Executivo em propiciar vida digna para a população.

As situações mais notórias são com a distribuição de medicamentos e a determinação de terapias, a constante aparição em processos nas esferas estadual e federal judicializou as matérias, que possibilitaram a postura ampla e intensa, para a permissão indispensável às pessoas que necessitam dos medicamentos e terapias, mesmo que ainda estejam em fase de experimentação científica sem comprovação técnica. O ativismo judicial, neste terceiro caso de aplicação, aparenta ser a última esperança da sociedade em ter um direito social mínimo reconhecido.

A criação do Direito advém da ideia do conjunto de condutas aprovadas e reprovadas pela maioria de uma comunidade, na qual esses atos fundam os costumes que são a constituição do sistema jurídico realizado pelas normas impostas a todos pela razão de serem justas e morais.

As condutas aprovadas e reprovadas pela sociedade, gênese do Direito, não são constituídas de unanimidade porque as experiências individuais em certas ocasiões são colocadas à frente do coletivo.

A busca por direitos se concentra na Justiça, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, que ao criar debates e discussões mais relevantes para o processo de reconhecimento aproxima a sociedade de suas atividades em comparação aos demais entes, haja vista a distância considerável entre a população e os Poderes.

As aplicações do ativismo judicial, mesmo as apresentadas no artigo como exemplificativas, sempre levantam o questionamento sobre a violação ou abuso quanto ao princípio constitucional da separação dos poderes pela simples argumentação de que o Poder Judiciário está deci-

dindo em questões fora de suas competências e conseqüentemente interfere no equilíbrio e relação com os demais entes do Poder.

A falta de representação dos Poderes Legislativo e Executivo é nítida, mas quando o Judiciário atua, com base neste fundamento, o desequilíbrio torna a exposição da crise democrática insustentável nas relações sociais e políticas.

A Suprema Corte é campo de disputa político-ideológica: de um lado os conservadores restringindo direitos sociais e intensificando a validade de projetos econômicos, de outro lado os progressistas se dedicando na garantia de pautas mínimas e contrariando projetos de exclusão social.

4. Garantia de direitos *versus* violação de princípios

A Ação Declaratória de Preceito Fundamental 132 do Estado do Rio de Janeiro e a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 da Procuradoria-Geral da República foram promovidas para solucionar questões envolvendo o reconhecimento da união estável entre casais homossexuais.

As ações tinham como interesses o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade e da autonomia e, além disso, o mesmo reconhecimento de direitos e deveres da união estável entre pessoas de diferentes sexos, conforme interpretação constitucional do artigo 1.723 do Código Civil com resposta adequada para o tratamento a ser dispensado às uniões homoafetivas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável. (BRASIL, 2002).

Rogério Montai de Lima analisou o caso prático de ativismo judicial e especificamente a postura do Relator:

O relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto, invocou em seu voto os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, intimidade, bem como os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, notadamente o bem comum sem preconceitos de raça ou sexo, para ressaltar que a Constituição Federal de 1988 não proibiu que família se constituísse entre pessoas do mesmo sexo, prestigiando, ademais, o princípio da afetividade. (MIARELLI; LIMA, 2012).

O Ministro Carlos Ayres Britto tem como ponto de partida em sua interpretação constitucional os artigos 226, parágrafo 3º e artigo 3º, inciso IV, ambos da Constituição Federal que reconhecem a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar e veda expressamente a discriminação em virtude de sexo e em razão disso a proteção do Estado com as pessoas que se relacionam com o mesmo sexo. O casal formado por homem e mulher não deve e não pode ser o único para o preceito constitucional, haja vista as inúmeras formas de relacionamentos conjugais que envolvem sentimentos próprios em que a lei não possui legitimidade para ditar sobre o que é moral e/ou justo.

A posição do Relator foi acompanhada pela maioria do corpo de Ministros do Supremo Tribunal Federal ao afirmarem a exclusão de qualquer interpretação do dispositivo do Código Civil que impeça a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

O Ministro Celso de Mello em discursos sobre a homofobia como uma forma de racismo, em 2019, e na posse do presidente do Supremo Tribunal Federal Ministro Gilmar Mendes, em 2008, reiterou a posição da casa ao considerar o Supremo Tribunal Federal como o protetor das minorias em seu papel constitucional de interpretar além da literalidade do texto, mas com interpretação sistêmica e teleológica e com isso como a postura ativista da Corte é necessária para preencher as lacunas abertas pelo Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019).

Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008).

Por essa razão, fica evidente, que o Poder Legislativo não tem interesse em enfrentar a questão indispensável para a sociedade por sua incapacidade de promover um debate justo e engrandecedor e até mesmo o artigo constitucional citado pelo Relator demonstra que o constituinte originário não teve interesse em reconhecer a união estável entre pessoas do mesmo sexo por extrema ignorância e confirmação da posição retrógrada dos políticos brasileiros.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal diante da possibilidade de utilizar o ativismo judicial, na análise de matérias em que foi convocado, atua de forma desrespeitosa com o ordenamento jurídico e principalmente com entendimentos desconexos a Constituição Federal, como o caso da prisão em segunda instância.

A execução provisória de uma condenação penal tem como base de fundamentação legal os artigos 283 do Código de Processo Penal e o artigo 5, inciso LVII da Constituição Federal que disciplina o princípio da presunção de inocência como constitucional, *in verbis*:

Art. 5. LVII. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva". (Resolução dada pela lei 12.403, de 4-5-2011). (BRASIL, 1941).

As interpretações conflitantes acerca do tema têm como argumentos: de um lado, o princípio da presunção de não culpabilidade ou presunção de inocência não é absoluto e a execução provisória não presume a culpa, mas afirma e declara com o acórdão condenatório a culpa do acusado que pela impossibilidade de efeito suspensivo com o recurso especial ou extraordinário, a prisão tem efeito automático; de outro lado, os artigos supracitados, de forma expressa, exigem o trânsito em julgado para a efetivação da condenação com a execução e, além disso, o artigo do Código de Processo Penal não é inconstitucional e está em conformidade com o princípio.(JARDIM, 2018).

O Supremo Tribunal Federal tinha como entendimento pacificado desde 2010 sobre a inconstitucionalidade da execução provisória, entretanto no ano de 2016 no julgamento do Habeas Corpus 126.292, o Tribunal mudou completamente a compreensão sobre a questão e com isso alterou a jurisprudência da Corte para a prisão em segunda instância.

A fundamentação utilizada a favor da mudança na jurisprudência foi de que o princípio da presunção da inocência não fica prejudicado com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, haja vista a problemática envolvendo os recursos supracitados, e em razão disso o cumprimento da pena imposta em segunda instância possui trânsito em julgado material.

A postura expansiva do Supremo Tribunal Federal, no contexto, com interpretação diversa da realizada e declarada pelo constituinte originário sobre o princípio da presunção de inocência exhibe o poder de decisão incoerente que não respeita a Constituição Federal, na qual deveria zelar como guardião, o fulcro de sua existência.

O princípio sendo absoluto ou não, aqui não se pontua sobre as divergências quanto à discussão, a forma como foi disciplinada pela Constituição Cidadã deixa nítida que a prisão só pode ser executada após o trânsito em julgado.

O Supremo Tribunal Federal não está em conformidade com a interpretação constitucional e, portanto desrespeitou o tripé de fundamentação racional, legal e processual e se a intenção era de promover uma evolução social, esteve em sentido contrário, haja vista o encarceramento em massa e a falta de proteção ao sistema jurídico com o Tribunal Constitucional ferindo a Constituição Federal.

Outro ponto importante a se destacar é o ativismo judicial da Suprema corte brasileira, percebe-se a cúpula do judiciário decidindo sobre matérias de cunho legislativo, mudando entendimento positivado na Constituição. Nesta lógica impede salientar a importância da sociedade brasileira. Hodiernamente, a população farta de impunidade e indignada com tantas artimanhas jurídicas realizadas por pessoas influentes, claramente pressiona o judiciário para a tomada de decisões mais ativistas, inegável que isso influencie nas decisões dos magistrados, afinal, nem sempre é possível vestir-se do véu da ignorância, e julgar imparcialmente. Desta forma, arremata-se que a demanda por mudanças que a sociedade impõem, por vezes atropela o pensamento/ mundo jurídico, razão pela qual se torna de extrema relevância a apreciação dos projetos de emenda constitucional abordados aqui, para exaurir dúvidas de quem acredita não caber margem interpretativa para um texto já tão preciso da constituição “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” acabando assim com toda algazarra em torno deste tema, garantindo a igualdade material dos indivíduos. (FIORI *et al*, 2018).

O entendimento do STF sobre a prisão em segunda instânciaretornou para as discussões sociais, no ano de 2018, com o Habeas Corpus 152.752 impetrado pelo ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. O julgamento foi emblemático com consequências imediatas e mediatas vistas até a elaboração do artigo. Lula foi preso em processo ilegítimo e em circunstância inconstitucional.

5. Considerações finais

Legislativo inerte, Executivo omissivo e Judiciário abusivo. As funções do Poder exercidas pelo Estado brasileiro estão em constantes decadências.

A introdução do ativismo judicial e seu crescimento exponencial no Direito brasileiro têm como explicação o desequilíbrio explícito entre as funções do Poder que não atuam em conformidade com o Estado Democrático de Direito ao concentrarem suas atividades em benefícios próprios e em prol de vantagens dos grupos vinculados ao projeto de exclusão social e controle estatal.

O Supremo Tribunal Federal, personificação da justiça brasileira na mentalidade do sistema político, econômico e social, adotou a postura ativista, com críticas positivas e negativas, que expõem a sua face controversa: a garantia de direitos à mercê de violações de princípios.

O ativismo judicial tem consequências positivas para a sociedade nas situações de reconhecimento e garantia de direitos que pela inércia do Legislativo ou omissão do Executivo teve de atuar para confirmar ou assegurar os interesses da sociedade que refletem suas necessidades individuais e coletivas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal diante do enfraquecimento das funções estatais está sendo convocado para resolver situações que vão além do reconhecimento legítimo de direitos e/ou políticas públicas, mas em circunstâncias múltiplas e diferentes que pelo dever legal de resposta pode interferir no meio social conforme os entendimentos da corte.

O princípio da separação dos poderes é trivializado em cada caso concreto com momentos de fortalecimento do convívio social e outros de desrespeitos ao sistema jurídico e democrático com a consagração da vontade da Suprema Corte que fere diretamente outros princípios constitucionais.

O ativismo judicial, no contexto político brasileiro, pode ser a esperança em se reconhecer pautas necessárias como a descriminalização do aborto, mas ao mesmo tempo também pode ser o golpe final na saúde da Democracia.

A dispersão da realidade social permite o desenvolvimento do ativismo judicial porque a sociedade quando distante da coerência no processo civilizatório possibilita a existência de ferramentas de controle social que são arbitrárias, ilegais, imorais, discricionárias e principalmente impositivas.

A sociedade brasileira deve se organizar ocupando os espaços com engajamento nas lutas sociais em defesa da preservação dos direitos garantidos e contra as desigualdades e autoritarismo, para que se tenham julgamentos legítimos e o reconhecimento de pautas essenciais.

Referências

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução: Mário da Gama Cury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Conjur**, 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em: 30 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Universidade de São Francisco. Universidade de San Francisco (USFCA), 2017. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 de ago. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Poder Executivo, Rio de Janeiro, RJ, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 8 mar. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc52.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Poder Legislativo, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 01 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081**. Relator Ministro Roberto Barroso. 27 maio 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=175&dataPublicacaoDj=08/09/2015&incidente=4513055&codCapitulo=2&numMateria=22348&codMateria=8>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685**. Relatora Ministra Cármen Lúcia. 10 ago. 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3685&processo=3685>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277**. Relator Ministro Ayres Britto. 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26**. Relator Ministro Celso de Mello. 13 jun. 2019. Disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.086 e 3.999**. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Novembro de 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/memorial_fidelidade_partidaria.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Relator Ministro Ayres Britto. 05 maio 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Relator Ministro Teori Zavascki. 17 fev. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152.752**. 04 abr. 2018. Relator Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 22.610**. Brasília, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2007/RES226102007.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPOS, Corine. Direito de Ação: Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. **DireitoNet**, 2003. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdiacao>. Acesso em 30 set. 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. Tradução: Joana Angélica d'Ávila Melo. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FIORI, Thiago Moretoet al. O ativismo judicial e a presunção de não-culpabilidade. **Jus**, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74217/o-ativismo-judicial-e-a-presuncao-de-nao-culpabilidade>. Acesso em: 30 ago. 2019.

FONSECA, Leonardo Alvarenga da; MARCHESI, Makena. A legitimidade democrática do ativismo judicial para a concretização dos direitos fundamentais. **Revista Argumenta**, n. 19, p.1-22, 2013. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/388>. Acesso em: 30 ago. 2019.

Governo do Brasil. **Entenda como funciona a estrutura do Estado brasileiro 2009**. Disponível em: https://gestaoconteudo.presidencia.gov.br/gestao_brasil/governo/2009/11/entenda-como-funciona-a-estrutura-do-estado-brasileiro. Acesso em: 30 ago. 2019.

HARGER, Marcelo. O Estado de Direito Brasileiro e a Quebra no princípio da Tripartição dos Poderes. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 13, n. 50, p. 90-108, jan/mar, 2005.

HARTMANN, Michelle Chalbaud Biscaia. Ativismo Judicial e a concretização de prestações sociais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v.9, n. 9, p.153-169, jan/jun de 2011. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/54/53>. Acesso em: 20 jul. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva. STF não pode assumir papel legislador e mudar momento de execução da pena. **Conjur**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-31/afranio-jardim-stf-nao-virar-legislador-mudar-execucao-pena>. Acesso em: 01 set. 2019.

LINDQUIST, Stefane A.; CROSS, Frank B. **Measuring judicial activism**. New York: Oxford University Press, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução: Alex Marins, São Paulo: Martin Claret, 2003.

MELLO, Celso de. **Leia voto do ministro Celso de Mello sobre união gay. Conjur**, 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-mai-11/leia-voto-ministro-celso-mello-uniao-homoafetiva>. Acesso em: 30 ago. 2019.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Coleção “Os Pensadores”. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

NEIVA, Gerivaldo Alves. **Os fatores reais do poder e força normativa da Constituição. Articulações entre Konrad Hesse, Ferdinand Lassalle e Gramsci**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1889, 2 set. 2008. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/11664>. Acesso em: 30 ago. 2019.

PINTO, Taís Caroline; ZANATA, Mariana Lobo. **Ativismo Judicial: Uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos Direitos Fundamentais**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a0833c8a1817526a> Acesso em > 20/07/2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Supremo reconhece união homoafetiva. **Notícias STF**, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>. Acesso em: 30 ago. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Celso Mello defende ativismo judicial do Supremo e pesquisas científicas. **Notícias STF**, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=87586>. Acesso em: 25 jul. 2019.

**Os reflexos na estruturação do direito penal
pela influência dos meios de comunicação
em massa na sociedade contemporânea:
uma análise à luz de decisões do
Supremo Tribunal Federal em matéria criminal**

*Ana Julia Pozzi Arruda*¹

*Fernando Andrade Fernandes*²

1. Introdução

Os avanços tecnológicos operaram profundas mudanças nas estruturas da sociedade, em comparação com a sociedade moderna, sendo que houve uma reconfiguração no que tange às relações de poder. No mundo atual, apesar das condições econômicas ainda serem capazes de exercer grandes pressões políticas, o fator decisivo de poder está fundamentalmente ligado àquele que detém a informação e, além disso, sabe utilizá-la a seu favor.

Essa expressão de poder se manifesta, principalmente, nos meios de comunicação em massa, tendo em vista que a própria classe social responsável por seu controle é quem seleciona as informações e o modo pelo qual serão transmitidas à população, consolidando uma ideologia que corresponda a seus interesses individuais e econômicos.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).

² Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP).

Este cenário é reforçado pelo contexto no qual se encontra a sociedade contemporânea, na medida em que é tecnologicamente dependente, principalmente dos meios de comunicação. As relações sociais e os processos de comunicação são caracterizados pela superficialidade e volatilidade, tornando-se mais suscetíveis a influências externas e manipulações pela majoritária ausência de uma perspectiva crítica fundada em bases técnicas e científicas. O sensacionalismo é produto mais rentável.

2. HC 118.553

O primeiro caso se refere ao *Habeas Corpus* 118.533, julgado em 23/06/2016, em que o STF reconheceu que o tráfico privilegiado de entorpecentes não pode ser considerado crime hediondo, tendo em vista que a modalidade privilegiada do delito apresenta elementos menos graves, os quais afastam o elemento da hediondez.

Em 26 de abril de 2009, a Polícia Rodoviária Federal do Mato Grosso, em procedimento ordinário de fiscalização em rodovias, apreendeu a quantia de 772kg de maconha que estavam sendo transportados em um fundo falso de um caminhão. O veículo estava sendo escoltado por um automóvel cujo motorista fugiu, ao perceber que se tratava de bloqueio policial. No processo, os pacientes do *Habeas Corpus* em questão são ambos os motoristas dos veículos.

Conforme notícia veiculada pelo site Terra:

O veículo tinha placas de Campo Grande e era conduzido por Ricardo Evangelista Vieira de Souza, 30 anos, que foi encaminhado à Delegacia de Polícia Civil de Nova Andradina. Logo após, foi apreendido um carro que escoltava o caminhão responsável por transportar a droga. O condutor do veículo, Robinson Roberto Ortega, 34 anos, fugiu ao perceber o bloqueio policial.³

3 TERRA - PORTAL DE NOTÍCIAS. **PRF apreende 772kg de maconha em MS.** Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/prf-apreende-772-kg-de-maconha-em-ms.fe1b6ce675e4b310VgnCLD200000bbceboaRCRD.html>>. Acesso em: 24/07/2018.

É possível afirmar que não houve tanto alarde midiático na data do fato, pois não foi identificada uma cobertura exaustiva do caso, mas a altíssima quantidade de droga que estava sendo transportada foi um dos principais alvos das manchetes e noticiários. Ao supostamente tratar o caso com neutralidade, narrando os fatos de maneira imparcial, a mídia se utiliza de uma manchete impactante que, invariavelmente, provocará a atenção do leitor para o que está sendo divulgado. Simultaneamente, omite fatos que poderiam levar a uma reflexão crítica acerca das circunstâncias em questão, como a ausência de antecedentes criminais dos envolvidos, a reiterada prática de remuneração de pessoas condenações criminais, e normalmente em situação de vulnerabilidade, para realizar transporte de entorpecentes, entre outros.

Nesse sentido, a par da gravidade da conduta e o modo como o crime se faz presente na sociedade brasileira, alguns ministros se posicionaram de modo a denegar a ordem de habeas corpus. Sendo investido no papel de guardião da Constituição, uma vez que esta se apresenta como base das demais fontes normativas brasileiras, verifica-se que não foi estabelecida uma diferenciação entre tráfico e tráfico privilegiado e, portanto, alguns dos votos denegatórios do remédio constitucional, inicialmente, estruturaram-se a partir de tal argumento. Conforme depreende-se do voto do ex-ministro Teori Zavascki:

Portanto, a Constituição, quando considerou inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia esses delitos, entre os quais o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, ela não levou em consideração a situação pessoal do agente, ela levou em consideração uma determinada conduta. Por isso, a questão de saber se se aplica ou não esse dispositivo, no meu entender, não tem nada a ver com a situação pessoal do agente. Está em saber se aquela conduta é ou não é tráfico ilícito de entorpecente.⁴

4 STF. HABEAS CORPUS: HC 118533. Relatora: Ministra Carmém Lúcia. DJ: 26/06/2016. **Portal STF**, 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>>. Acesso em: 09/08/2018.

No mesmo sentido, e ainda retomando a questão da quantidade da droga que estava sendo transportada, o Ministro Dias Toffoli mostrou-se influenciado por tal fato:

Como destacado no voto do Ministro Gilmar Mendes, era um motorista que, embora não tivesse antecedentes criminais e fosse primário etc., estava conduzindo uma carreta com setecentos e setenta e dois quilos de maconha, o que já é um indicativo de que ele estaria atuando para uma organização criminosa, porque o caminhão tinha até batedor. Tinha até batedor protegendo a valorosa carga que transportava. Tinha segurança para transporte do ilícito.⁵

Em contrapartida, o Ministro Gilmar Mendes, para além da Constituição, adentrou a questão do tráfico como um problema social, tendo em vista que a associações criminosas, frequentemente, recrutam indivíduos sem antecedentes criminais para atuarem junto a tais organizações, são as “mulas” do tráfico. Nesse sentido, essas pessoas receberiam, além da remuneração pactuada, a possibilidade de, caso fossem condenadas, receber penas menores em função da qualificadora.

Portanto, o tráfico equiparado a crime hediondo, como tratado na Constituição e no art. 33, *caput*, e §1º, da Lei 11.343/06, seria aquele que se enquadrasse na função da norma penal de reprimir a atuação, principalmente, dos grandes traficantes. No caso em questão, o motorista do caminhão havia recebido o valor de R\$700,00 para realizar o transporte da carga, tinha profissão lícita e não possuía antecedentes criminais.

Por fim, o então presidente do Tribunal Ministro Ricardo Lewandowski, muda o foco da discussão solicitando aos demais que realizem um julgamento visando também o impacto de tal decisão em matéria de política criminal, principalmente sob a ótica do hiperencarceramento. A pesquisa do último Infopen informa que, em 2016, 78% dos estabelecimentos prisionais no Brasil estavam superlotados.⁶ Com a mudança de

5 *Ibidem*.

6 INFOPEN – Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização – Junho de 2016 / organização, Thandara Santos; colaboração Inês da Rosa ... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. p. 43.

voto de alguns ministros, o STF optou por conceder a ordem de *habeas corpus*, fixando o entendimento de que o tráfico privilegiado não pode ser tratado como crime hediondo.

No presente caso, verifica-se que a influência dos meios de comunicação não fora tão intensa, inclusive, pode-se afirmar que a decisão do Tribunal se deu justamente no sentido contrário, de modo a configurar certo ativismo judicial. No julgamento aqui em pauta, é seguro afirmar que, frente aos inúmeros problemas da situação carcerária no Brasil, o Supremo Tribunal Federal adotou uma posição proativa e concretista, avocando para si a competência e a discussão acerca da polêmica. Dentro de seu limite de atuação, externou uma postura sensível e crítica a respeito de abusos jurídico-penais e garantias individuais daqueles que se inserem na condição degradante do sistema carcerário, as quais são frequentemente relegadas a segundo plano e tratadas com descaso.

3. Are 964.246

O segundo caso trata-se de Agravo contra decisão que não admitiu o Recurso Extraordinário, notadamente o ARE 964.246, em que o STF reconheceu e fixou tese de repercussão geral a respeito da execução provisória da pena após a condenação em segunda instância. Após o recorrente ter sido condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão em regime fechado pelo crime de roubo duplamente qualificado pelo emprego de arma de fogo e concurso de pessoas, interpôs apelação, a qual foi improvida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, expedindo de imediato o mandado de prisão para início da execução da pena. De acordo com a narrativa dos fatos do caso concreto:

O crime aconteceu no dia 16 de setembro de 2010, ao meio dia, no bairro Jardim do Carmo na cidade de Itapeverica da Serra, interior de São Paulo. Segundo a denúncia, Márcio Rodrigues Dantas dirigia uma moto e seu comparsa, que estava na garupa, abordou um homem que passava na rua. Após ameaçá-lo com uma arma levaram a quantia de R\$ 2.600,00. A vítima, ainda

segundo a denúncia, caminhava para encontrar com um grupo de pessoas contratadas por ela para realizar uma campanha política para uma terceira pessoa.⁷

Então, impetrou *Habeas Corpus* perante o STF, o qual fora distribuído ao Ministro Teori Zavascki sob a numeração HC 126.292, o qual fora denegado em 17/02/2016, fixando o cumprimento provisório da pena. Frente a isso, interpôs Recurso Extraordinário perante o STF – distribuído por prevenção ao mesmo ministro – alegando violação ao art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;⁸

Contudo, no julgamento do HC 126.292, o Supremo Tribunal Federal se manteve alheio a todas as circunstâncias e fatos praticados pelo réu, debruçando-se sobre a alteração jurisprudencial em pauta, aspectos principiológicos da não culpabilidade, seletividade do sistema penal, ineficácia do sistema de justiça criminal em face da possibilidade de interposição de inúmeros recursos e sobre paradigma da impunidade.

Nesse sentido, por exemplo, o Ministro Luís Roberto Barroso fundamentou seu voto, ao denegar o *habeas corpus* e alterar a jurisprudência do Tribunal, a partir da premissa de que a realidade sofrera um impacto traumático com orientação anterior adotada, repercutindo na impunidade pela interposição infundável de recursos e, conseqüentemente, postergação do trânsito em julgado e possível prescrição. Citou levantamento do CNJ o qual informou, nos anos de 2010 e

7 JOTA – Notícias que fazem diferença. **Uma moto e um roubo de R\$2,6 mil: o caso que fez o STF mudar sua jurisprudência.** Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/uma-moto-e-um-roubo-de-r-26-mil-o-caso-que-fez-o-stf-mudar-sua-jurisprudencia-21022016>>. Acesso em: 11/08/2018.

8 BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

2011, que prescreveram 2.918 ações envolvendo crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.⁹

Pela guinada jurisprudencial realizada pelo STF, o caso teve grande impacto, divergindo opiniões em muitos setores da sociedade. Nos canais de comunicação, entretanto, a repercussão foi bastante atrelada aos escândalos de corrupção massivamente divulgados pela mídia. A grande maioria das matérias veiculadas pela internet, continham elementos que, de alguma forma, eram utilizados de modo a estabelecer uma ligação entre a tese fixada pelo STF e a Operação Lava-Jato ou outra polêmica política. Conforme a própria notícia veiculada pelo DCI – Diário, Comércio e Indústria:

SÃO PAULO - "O Supremo, com respeito à minoria vencida, fechou uma das janelas da impunidade no processo penal brasileiro." Assim definiu o juiz federal Sérgio Moro - que conduz os processos em primeiro grau da incrível Operação Lava Jato - a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), desta quarta-feira, 17, de revisar jurisprudência criada pela própria Corte para autorizar a possibilidade de execução da pena criminal depois de condenação confirmada já em segunda instância.¹⁰

Nesse sentido, é imprescindível que se estabeleça uma relação entre o novo entendimento jurisprudencial do Supremo e a cobertura midiática, cada vez mais intensa e excessiva, dos escândalos de corrupção que estão sendo investigados e julgados no Brasil.

Em artigo publicado na Revista de Administração Pública sobre a repercussão da corrupção brasileira na mídia, verificou-se que no período de 2003 a 2014, a corrupção foi tema principal em 97 edições, representado um percentual de 15,6%, empatada em primeiro lugar junto com o tema “saúde”. E, ainda, constata-se que a maior incidência

9 CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>>. Acesso em 11/08/2018.

10 DCI – Diário, Comércio e Indústria. **“Fechou uma janela da impunidade”, diz Moro sobre decisão do Supremo**. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/politica/fechou-uma-janela-da-impunidade-diz-moro-sobre-decis-o-do-supremo-1.344850>>. Acesso em: 14/08/2018.

do assunto esteve atrelada a pontos altos e relevantes sobre esquemas de corrupção investigados no Brasil. A partir de 2014 a exposição de tais casos continuou sendo muito incisiva tendo em vista as investigações da Operação Lava-Jato, Impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff, condenação do ex-presidente Lula, entre outros.

Observou-se, entretanto, uma concentração de notícias sobre corrupção em dois períodos, primeiro no ano de 2005 e posteriormente no quadriênio de 2011, 2012, 2013 e 2014. Essa concentração de notícias, possivelmente vinculadas ao caso “Mensalão”, aponta para o ano de descoberta do caso (2005) e posterior desdobramento, julgamento (2011), condenação (2012) e prisão dos condenados (2013), bem como para a exposição do caso “Petrolão” em 2014.¹¹

Verifica-se que, dessa forma, estão justificados muitos dos argumentos desconexos com o caso principal encontrados na decisão. Por exemplo, acerca da ineficácia do direito penal, da interposição de inúmeros recursos, possibilitando a ocorrência da prescrição, sobre a impunidade evidenciada no sistema criminal brasileiro, entre outros. Em parecer de José Afonso da Silva sobre o caso analisado, dispõe que:

O fundamento pragmático do julgado é de que o que está previsto “efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência”. Com a devida vênia, não sei como se aferiu essa expectativa, parece que sequer se fez alguma pesquisa de opinião a respeito, mas, seja como for, é preciso dizer enfaticamente que a “expectativa da sociedade brasileira” foi traduzida nas normas da Constituição de 1988, e ela, fora daí qualquer que seja, por mais legítima que seja, não é norma supra constitucional para derrogar prescrições da Constituição.¹²

11 BORBA, J. A. FERREIRA, D. D. M. GEHRKE, Germano. A repercussão da corrupção brasileira na mídia: uma análise comparada das revistas *Der Spiegel*, *L'Obs*, *The Economist*, *Times* e *Veja*. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 157-167, jan.-fev. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/issue/view/3684>>. Acesso em: 14/08/2018.

12 SILVA, José Afonso da. **Parecer Jurídico**. 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKFwioVlSTkurdAhVfGjAKHfVw0BtsQJfABegQICBAC&url=http%3A%2F%2Fwww.migalhas.com.br%2Farquivos%2F2018%2F4%2Fart20180402-05.pdf&usq=AOvVawoPCk65TyQb4SUTHhhvbjCm>>. Acesso em 24/07/2018

A tal “expectativa da sociedade brasileira” estaria diretamente atrelada a indignação e revolta para com os escândalos de corrupção cada vez mais divulgados pela mídia, sendo certo que os meios de comunicação, ao serem incisivos, seletivos e repetitivos em tais assuntos, alimentam a sensação de impunidade a que se referem os Ministros.

Por fim, frente a todo o exposto, verifica-se que, no presente caso, a influência midiática revelou-se escancarada no próprio voto dos Ministros do Tribunal. Ainda que não diretamente relacionada ao caso, ou talvez justamente por isso, transformou o julgamento de um *Habeas Corpus* cujo paciente fora condenado por roubo qualificado, em um julgamento político por excelência, hipoteticamente satisfazendo o aparente sentimento de impunidade da sociedade.

4. RE 582.252

Quanto ao terceiro caso, o RE 580.252, refere-se ao reconhecimento da responsabilidade civil do Estado de indenizar presos pelas péssimas condições do sistema carcerário brasileiro. Houve a fixação da quantia de R\$2.000,00 (dois mil reais) para fins de reparação de danos morais e estabelecida a seguinte tese com reconhecimento de repercussão geral:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade, previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, §6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.¹³

O recorrente, representado pelo Defensor Público-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul, fora condenado a 20 anos de reclusão pelo crime de latrocínio, previsto no art. 157, §3º do Código Penal e, na demanda em questão, pleiteou a indenização por danos morais tendo em vista as con-

13 STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 580.252. DJ: 16/02/2017. Portal STF, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 28/08/2018

dições insalubres, decorrentes de superlotação e problemas estruturais da penitenciária, a que esteve submetido no presídio de Corumbá. Primeiramente, dentre os argumentos expostos, apurou-se a responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, §6º da Constituição Federal. O referido artigo foi interpretado como norma de caráter absoluto e, ainda, enquadrada como norma de eficácia plena e autoaplicável, ou seja, independe de outras leis e fontes normativas para produção de efeitos jurídicos.

Art. 37. §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.¹⁴

De fato, a compreensão do sentido normativo está correta, porém é muito intrigante e incoerente o confronto da análise de tal artigo com a exposição realizada no caso anterior referente ao art. 5º, LVII e o princípio da presunção de inocência. Em um primeiro momento, a execução provisória da pena é admitida tendo em vista a relativização do princípio supracitado; posteriormente, em outro julgado que, entretanto, suscita as mesmas problemáticas referentes à situação carcerária no país, o Tribunal interpreta a norma a partir de seu sentido literal, inclusive ratificando os direitos e garantias individuais dos que estão submetidos às condições degradantes das penitenciárias, frente a responsabilidade do Estado para com os que estão sob os seus cuidados.

Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a desco-

14 BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

berto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa.¹⁵

Outro argumento apresentado pelos Ministros se refere a situação do sistema prisional brasileiro, tendo em vista que constitui um problema estrutural da sociedade e da falta de políticas públicas nesse sentido. É sabido que pela estruturação do sistema carcerário brasileiro as penas aplicadas não são capazes de cumprir sua função ressocializadora nem preventiva. Pelo contrário, o fenômeno do encarceramento em massa que vivenciamos hoje, apenas contribui para o aumento da criminalidade e dos níveis de reincidência, sendo que as próprias prisões já ganharam a alcunha de “escolas do crime”. Conforme o Ministro Celso de Mello:

(...) sempre que o sistema penitenciário de um País não merecer a atenção necessária e os recursos essenciais a serem providos pelo Estado, a função para a qual esse mesmo sistema está vocacionado distorcer-se-á e, em vez de os espaços prisionais proporcionarem proteção e segurança, eles se converterão em escolas de delinquência, propiciando e estimulando comportamentos antissociais que dão origem à reincidência e, desse modo, afastam-se, paradoxalmente, do seu objetivo de reabilitação.¹⁶

Novamente, o entendimento aqui exposto diverge do julgado anterior, tendo em vista que não se tratou de um determinado ativismo judicial em que a decisão do STF serviria de base para suprir as deficiências do Poder Executivo em suas atribuições típicas. Se antes a preocupação foi a de remediar a impunidade, morosidade e seletividade do sistema punitivo fixando a possibilidade da execução provisória da pena; aqui, o Tribunal adotou um distanciamento do Poder Executivo, sob a ótica da realidade social carcerária, apenas condenando-o ao pagamento da indenização, e acentuou a devida importância do respeito ao cumprimento dos dispositivos constitucionais relacionados a dignidade da pessoa humana e da responsabilidade objetiva do Estado.

15 STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 580.252. DJ: 16/02/2017. **Portal STF**, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 28/08/2018

16 Ibidem.

Quanto a repercussão midiática da decisão, houveram divergências quanto a posição adotada e a divulgação das informações do caso foram convenientemente filtradas de modo a reiterar a estigmatização dos presidiários como quem não teria direito a indenização, por já terem causado um dano à sociedade. De acordo com a notícia veiculada no site Gazeta do Povo:

Em parecer de 2007, a Procuradoria-Geral do Mato Grosso do Sul argumentou que o dinheiro público deveria ser usado prioritariamente para “cidadãos de bem”, e não para indenizar presos. “Ainda que seja de fato lamentável a superlotação carcerária, ocorre que, ao juízo do legislador, há outras prioridades que são mais emergentes. Há cidadãos de bem, potenciais vítimas do recorrente, que vivem nas favelas sob agruras semelhantes àquelas alegadas pelo recorrido. A sociedade tem manifestado entendimento, através de seus mandatários legisladores, de que estes cidadãos têm prioridade na solução de suas necessidades”, diz o documento.¹⁷

Ainda, na mesma notícia, inclui o posicionamento da AGU (Advocacia Geral da União), segundo o qual dispõe que

Em fevereiro de 2013, a Advocacia-Geral da União (AGU) já tinha alertado para a falta de recursos suficientes para garantir o pagamento de indenização a todos os presos em condições insalubres. “A controvérsia em questão mostra-se relevante, uma vez que, se o Plenário dessa Suprema Corte decidir pela existência do direito dos presos em epígrafe, haverá o risco de outros presos, das mais diversas penitenciárias espalhadas pelo Brasil, enquadrados nessa mesma situação, ingressarem em juízo para também pedir indenização por dano moral. Indiscutível, portanto, o potencial lesivo do presente julgamento aos limites orçamentários do Estado”, diz parecer da AGU enviado ao STF.¹⁸

De acordo com o trecho, fica claro o posicionamento adotado pelos meios de comunicação, tratando a população prisional como uma subca-

¹⁷ GAZETA DO POVO. **Decisão do STF de indenizar preso em cadeia pode causar rombo bilionário ao governo.** Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/decisao-do-stf-de-indenizar-presos-em-cadeia-superlotada-pode-causar-rombo-bilionario-ao-governo-ocir5kzqqe47oflys79c4dbth/>>. Acesso em: 30/08/2018

¹⁸ Ibidem.

tegoria de pessoas que teriam direitos diferentes dos chamados “cidadãos de bem”. O próprio meio jurídico é diretamente influenciado por esta percepção, conforme exposto na decisão do julgador em questão, notadamente no voto do Ministro Luís Roberto Barroso:

No caso em exame, o juízo de 2º grau entendeu que o recorrente, que permaneceu por cerca de 5 anos em presídio superlotado e insalubre, fazia jus à módica quantia de R\$ 2 mil. Enquanto isso, a título de exemplo, o STF atribuiu uma indenização de R\$ 8 mil a quem apenas teve o voo cancelado sem justificativa. Nesta comparação, não há dúvida de que a extensão do dano experimentado pelo detento é muito maior do que aquele suportado pelo sujeito que deixou de embarcar no avião. A diferença do quantum indenizatório constituiria, assim, mais uma prova de que a ordem jurídica brasileira julga que os presos não são merecedores da mesma consideração e respeito que os demais cidadãos.¹⁹

No julgamento aqui em análise, o Supremo admitiu a possibilidade de indenização aos presos que estejam submetidos a condições insalubres, entretanto, não alterou o *quantum* indenizatório, mantendo o valor de R\$ 2 mil reais fixados em sede de apelação. Apesar de reconhecer o preconceito e estigmatização sobre a população carcerária e adotado uma posição contramajoritária, não se arriscou a tomar uma postura mais incisiva, em razão da qual, certamente, haveria grande repercussão desvalorizando a decisão e a importância do Tribunal.

5. HC 129.678

O quarto caso refere-se ao HC 129.678 em que o STF discutiu a licitude do “crime achado” e o conseqüente ajuizamento da ação penal com base em tal prova. Primeiramente, o crime achado, ou serendipidade, consiste em descobrir fatos no curso de uma investigação que levem a

¹⁹ STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 580.252. DJ: 16/02/2017. Portal STF, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 28/08/2018

apuração de outro crime. De início, cabe estabelecer a diferença entre serendipidade de primeiro e de segundo grau.

Em relação ao encontro fortuito de fatos conexos (ou quando haja continência) parece-nos acertado falar em serendipidade ou encontro fortuito de primeiro grau (ou em fato que está na mesma situação histórica de vida do delito investigado – *historischen Lebenssachverhalt*). Nesse caso a prova produzida tem valor jurídico e deve ser analisada pelo juiz (como prova válida). Pode essa prova conduzir a uma condenação penal. Quando se trata, ao contrário, de fatos não conexos (ou quando não haja continência), impõe-se falar em serendipidade ou encontro fortuito de segundo grau (ou em fatos que não estão na mesma situação histórica de vida do delito investigado). A prova produzida, nesse caso, não pode ser valorada pelo juiz. Ela vale apenas como *notitia criminis*²⁰

Em meio a uma escuta telefônica destinada a apurar o tráfico internacional de drogas, as autoridades encontraram informação de que, possivelmente, o investigado teria envolvimento em um crime de homicídio qualificado e, a partir desta descoberta, haveria justa causa para a proposição da ação penal. O Ministro Marco Aurélio foi o único que entendeu como inadmissível a persecução penal do homicídio, frente a ausência de elementos fáticos-probatórios que atestassem o envolvimento do investigado no delito.

No tocante à inexistência de justa causa, tem-se a confusão com a deficiência da peça primeira da ação penal. O que veiculado nesta sobre o envolvimento do paciente no homicídio não a revela. Contactado por telefone, visando fornecer a arma para o crime, se disse distante do local. O interlocutor buscou armar-se junto a outra pessoa, ou seja, Leonardo Gustavo Lopes. Este sim teria entregado uma arma calibre 45. Então, não há, ante a narração do que seria a participação do crime, a justa causa.²¹

20 GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 18 de março de 2009. Acesso em: 02/09/2018

21 STF. HABEAS CORPUS: HC 129678. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 13/06/2017. **Portal STF**, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4820467>>. Acesso em: 02/09/2018.

Na circunstância deste *habeas corpus*, questiona-se a existência de indícios de autoria, tendo em vista que a única associação do investigado ao homicídio se materializa na ligação telefônica em que diz não possuir a arma para a consumação do delito. Entretanto, diverge do primeiro entendimento o Ministro Alexandre de Moraes, segundo o qual reconhece a existência da justa causa para a ação penal a partir do histórico de atuação de organizações criminosas e também por se tratar de investigação de membros do “Primeiro Comando da Capital” (PCC):

A imputação que o Ministério Público faz ao paciente é de que ele participou, definiu como seria a atuação criminosa – e este é um aspecto que tem necessidade de comprovação, é bom repetir. Essa é a dinâmica do PCC: os membros se reúnem e definem quem vai morrer ou não. Ora, não é comum, com a devida vênia às posições em contrário, alguém receber uma ligação como esta: olha, encontramos aquele que nós vamos matar. Você tem uma arma? Ah, nesse momento, eu não tenho. Esse diálogo me parece – nesse primeiro e exato momento da justa causa – confirmar que haveria realmente um conluio prévio. Então, neste momento da persecução penal, parece-me presente a viabilidade, o terceiro elemento do trinômio da justa causa.²²

Verifica-se que, entretanto, que a fundamentação acima exposta para admitir a persecução penal não é baseada em elementos concretos da denúncia, e sim no que, supostamente, seria o modo de atuação da referida facção. Ainda que, de fato, estivesse envolvido com o homicídio em questão, não há como se falar em periculosidade do agente a partir das informações obtidas pela interceptação telefônica, tendo em vista que a única participação comprovada do agente no delito foi quando informou ao interlocutor da escuta que não possuía arma para realizar o homicídio.

No caso em análise, a repercussão midiática foi maior quando da prisão do suposto traficante. Inclusive o foco das notícias esteve sempre atrelado à participação do PCC e à suspeita de envolvimento em outros crimes. O réu fora abordado pela polícia na cidade de São Vicente, quan-

22 STF. HABEAS CORPUS: HC 129.678. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 13/06/2017. Portal STF, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4820467>>. Acesso em: 02/09/2018.

do ainda estava sendo investigado por tráfico, entretanto, contra ele já pedia mandado de prisão pela suspeita do envolvimento em homicídio.

A abordagem foi de rotina, mas tirou de circulação um foragido da Justiça ligado ao alto escalão do Primeiro Comando da Capital (PCC), acusado de chegar a movimentar seis toneladas de maconha e cocaína por mês e suspeito de participar da execução do megatraficante Jorge Rafaat Toumani.²³

Conforme notícia veiculada pelo site “A Tribuna”, o investigado já fora tratado com palavras ofensivas e de sentido pejorativo: “Morador em Piracicaba, o **marginal** estava hospedado em um apartamento no Centro de São Vicente.”²⁴

Além disso, no site do G1 – Portal de Notícias²⁵ e A Tribuna²⁶, a imagem divulgada do réu mostra o homem algemado, no porta-malas do carro da polícia, nitidamente associando-o a imagem de criminoso foragido, culpado e delinquente. Sendo assim, diante de todo o exposto, verifica-se que a mídia constrói um juízo prévio de culpabilidade que, na maioria das vezes, é reproduzido também no processo judicial, independente das garantias individuais e processuais do réu. Nesse sentido, no caso em análise, verifica-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal convergiu com as exposições midiáticas acerca do ocorrido.

6. ARE 1.088.359

O último caso, referente ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo, ARE 1.088.359, trata-se de um empresário condenado

23 A TRIBUNA. **Suspeito de matar traficante no Paraguai é capturado em São Vicente**. Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/policia/suspeito-de-matar-trafficante-no-paraguai-e-capturado-em-sao-viceinte/?cHash=ffiec363e4ef79b3790625aa01ec2c93>>. Acesso em: 02/09/2018

24 Ibidem.

25 G1 – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Homem é preso com arma e documentos falsos em São Vicente**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/homem-e-preso-com-arma-e-documentos-falsos-em-sao-viceinte.ghtml>>. Acesso em 02/09/2018

26 A TRIBUNA. **Suspeito de matar traficante no Paraguai é capturado em São Vicente**. Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/policia/suspeito-de-matar-trafficante-no-paraguai-e-capturado-em-sao-viceinte/?cHash=ffiec363e4ef79b3790625aa01ec2c93>>. Acesso em: 02/09/2018

pelo Tribunal do Júri, por homicídio doloso, a 7 (sete) anos de prisão em regime semiaberto. Em grau de recurso no STF, pleiteou a desclassificação do crime para homicídio culposo em razão de alteração legislativa superveniente, sendo que a nova lei seria mais benéfica ao caso.

Quanto ao pedido de desclassificação do homicídio, o entendimento do STF parte de uma diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente, sendo que tais elementos são fundamentais para a diferenciação entre os tipos penais de homicídio e homicídio de trânsito. Nesse sentido, se manifestou o Ministro Luiz Fux:

A Lei 12.971/14 não altera a aplicação do dolo eventual em crimes praticados na direção de veículos automotores, não se tratando, portanto, de novatio legis in melius. O critério de distinção entre os tipos penais do homicídio (art. 121 do CP) e do homicídio de trânsito (art. 302 do CTB) segue sendo o dolo e a culpa.²⁷

Entende também o tribunal que essa distinção entre o dolo eventual e a culpa consciente deve ser analisada a luz do princípio *in dubio pro societate*, visando a preservação da competência do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, conforme o artigo 5º, XXXVIII, *alínea* “d”, da Constituição Federal. Em oposição a máxima *in dubio pro reo*, que integra o princípio da presunção de inocência a partir da ideia de que, em dúvida, o magistrado deve decidir a favor do réu, o princípio *in dubio pro societate* inverte a lógica da não-culpabilidade e estabelece que, havendo dúvida, o juiz deve decidir a favor da sociedade. Cabe ressaltar que no que se refere ao *in dubio pro societate*, não há nenhum dispositivo legal acerca do instituto, sendo sua subsistência fruto de uma construção jurisprudencial.

Não se pode admitir que os juízes pactuem com acusações infundadas, escondendo-se atrás de um princípio não recepcionado pela Constituição, para, burocraticamente, pronunciar réus, enviando-lhes para o Tribunal do Júri e desconsiderando o imenso risco que representa o julgamento nesse complexo

27 STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1088359. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 22/02/2018. Portal STF, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5297828>>. Acesso em: 07/09/2018.

ritual judiciário. (...) Nessa linha, vale o *in dubio pro reo* para absolver sumariamente o réu que tiver agido ao abrigo da legítima defesa (não apenas quando a excludente for “estreme de dúvidas”, mas quando for inverossímil a ponto de gerar dúvida razoável); impronunciar réus em que a autoria não esteja razoavelmente demonstrada; desclassificar para crime culposo as abusivas acusações por homicídio doloso (dolo eventual) em acidentes de trânsito, onde o acusador não fez prova robusta da presença do elemento subjetivo.²⁸

No caso ora em análise, há justa causa para a ação penal, estando presentes os indícios de autoria e materialidade do crime, entretanto, a divergência jurídica e pretensão do recorrente ocorre pela possibilidade de o autor responder por crime doloso, a título de dolo eventual, ou culposo. Novamente, verifica-se um posicionamento do STF mitigando as garantias processuais penais e relativizando princípios norteadores do Direito Penal.

Quanto a repercussão midiática do ocorrido, na época, os meios de comunicação não apresentavam tanta ingerência na sociedade, tendo em vista que o acidente ocorreu em 15 de setembro de 2002 e a inovação tecnológica não era tão acentuada. O caso voltou à tona com o julgamento e a condenação do réu pelo Tribunal do Júri em 7 (sete) de março de 2017.

Um dos aspectos destacados na notícia se refere justamente ao lapso temporal, quase quinze anos, decorrido para que finalmente houvesse o julgamento do empresário. Inclusive essa questão estampou a manchete do site G1: “Empresário vai a júri quase 15 anos após acidente que matou dois jovens. Pela denúncia, ele estava embriagado quando bateu no carro das vítimas. Veículo com dois jovens foi jogado contra poste, e ocupantes morreram.”²⁹

Além disso, a própria notícia traz elementos que espetacularizam o ocorrido, a partir da exposição de sentimentos de indignação e penitência:

Os advogados Davi Santos e Gustavo Guedes, que defendem a família de Rafael, dizem estar confiantes. “A expectativa é superpositiva devido às

28 LOPES JR., AURY. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 733

29 G1 – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Empresário vai a júri quase 15 anos após acidente que matou dois jovens**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2017/03/empresario-vai-juri-em-sc-quase-15-anos-apos-acidente-que-matou-jovens.html>>. Acesso em: 07/09/2018.

testemunhas que identificaram o condutor em velocidade muito superior ao permitido, quando colidiu na traseira da vítima. Ele usou do seu poder financeiro para buscar a prescrição do processo. Nós temos certeza da condenação. Nós pretendemos que ele saia de lá preso".

Expectativas

A irmã de Vitor Hugo, Karla Beatriz Marins, acredita em punição, mas não em prisão em regime fechado para o acusado. "Seria o mais justo, mas não vejo mais esperança de isso acontecer", disse.³⁰

O apelo emocional reflete claramente a incessante busca por audiência e atenção dos telespectadores. Por ser um elemento da notícia que atinge os sentimentos do leitor, este tende a estabelecer uma relação de empatia com a vítima, adotando um posicionamento punitivista.

Não existe "produto" midiático mais rentável que a dramatização da dor humana gerada por uma perda perversa e devidamente explorada, na forma a catalisar a aflição das pessoas e suas iras. Isso ganha uma rápida solidariedade popular, todos passando a fazer um discurso único: mais leis, mais prisões e mais castigos para os sádicos que destroem a vida de inocentes e indefesos.³¹

A parcialidade das reportagens é clara, tendo em vista que, em nenhum momento, o jornal se prestou a também expor a versão da defesa sobre os fatos, de modo a garantir uma exposição dos fatos sem direcionar a opinião do leitor. Sendo assim, no caso aqui analisado, verifica-se que os elementos apresentados, quando articulados entre si, expõem, de fato, uma influência na aplicação do Direito Penal, na medida em que orientam e pré-determinam os fatos, legitimando, na maioria das vezes, apenas uma das versões.

Diametralmente oposta é a postura adotada pelo STF quando do julgamento de um caso idêntico, porém em 06/09/2011, qual seja o HC

30 DC - DIÁRIO CATARINENSE. 15 anos depois, empresário de Florianópolis vai a júri popular por duplo homicídio em acidente. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/03/15-anos-depois-empresario-de-florianopolis-vai-a-juri-popular-por-duplo-homicidio-em-acidente-9741624.html>>. Acesso em: 07/09/2018.

31 GOMES, Luiz Flávio. *Mídia e caso Nardoni*: haverá julgamento objetivo e independente? 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11/09/2018.

107.801. O condutor do veículo estava em estado de embriaguez, dirigindo em velocidade acima da permitida e veio a atropelar a vítima, que veio a óbito.

De acordo com o Ministro Luiz Fux:

Essa, digamos assim, afirmação generalizada de que esses delitos de trânsito estão incorrendo em dolo eventual, isso só ocorreria se houvesse a comprovação da *actio libera in causa*, quer dizer, ele se embebedou para praticar o ilícito. Tendo em vista que esse precedente pode, realmente, trazer algumas repercussões sociais, ser um pouco gravoso sob o ângulo punitivo, porque o julgamento do Júri é um julgamento apaixonado, que vai depender do local onde ele ocorra, eu vou pedir vista, porque tenho muita preocupação com essa banalização desses delitos.³²

Portanto, aqui, verifica-se que houve uma preocupação por parte dos Ministros com a repercussão social do caso, com o punitivismo e também com a própria essência do Tribunal do Júri, tendo em vista que é composto por jurados que são “cidadãos comuns”. Ademais, outro ponto fundamental para diferenciar os casos se refere a repercussão midiática dos mesmos. Enquanto o primeiro, como já visto, foi alvo de várias notícias, manchetes de reportagens, entre outras; o segundo se apresentou como um caso de menor relevância midiática, como de fato ocorre na maioria dos casos de acidentes de trânsito.

7. STF na Perspectiva Midiática

Os meios de divulgação de informação, das mais diversas formas, tais como rádios, jornais, televisões, internet, entre outros, são essenciais a democracia pela sua capacidade de transmitir ao público notícias e acontecimentos de forma imparcial, ainda que não completamente, mas de certo modo capaz de fomentar um olhar crítico.

32 STF. HABEAS CORPUS: HC 107801. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 06/09/2011. **Portal STF**, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=106&dataPublicacaoDj=13/10/2011&incidente=4053973&codCapitulo=5&numMateria=154&codMateria=2>>. Acesso em: 11/09/2011.

Na última década, em decorrência dos inúmeros avanços tecnológicos, os meios de comunicação, notadamente a internet, ganharam enorme influência e encontram-se tão entranhadas na sociedade, que é extremamente difícil para o Estado exercer o controle absoluto sobre as publicações que são divulgadas. As notícias são veiculadas em tempo real, a noção de tempo e espaço foi encurtada pela instantaneidade dos acontecimentos e pelo modo como são reportados a sociedade.

Os detentores dos meios de comunicação em massa são integrantes da elite brasileira por seu alto poder aquisitivo e, dessa forma, possuem capacidade de articular opiniões, filtrar a informação e moldar a abordagem do que é, efetivamente, o interesse desta classe social. Assim, o poder de formação de opinião da mídia passa a corresponder ao poder de transmitir e disseminar ideais e interesses de parcela da sociedade.

A mídia é uma arma poderosa e seu uso é verticalizado e concentrado nas mãos daqueles que controlam o fluxo de informações, “os detentores do saber” e, conseqüentemente, do poder; como agente formador de opiniões e criador-reprodutor de cultura, a mídia interfere, forma e transforma a realidade, as motivações, os modos de pensar e de agir do homem. Comprometida com sua defesa de interesses, no intuito de fabricar a representação social mais convincente, munida de uma condição valorativa, posiciona-se de maneira mais ideológica, tomando partido daquilo que é mais interessante e lucrativo a seus olhos.³³

Guy Debord, em sua obra “Sociedade do Espetáculo”, de 1967, assim denominou a sociedade atual em que vivemos, fazendo referência justamente à espetacularização dos acontecimentos e o excesso midiático que, por meio de imagens e verdades dissimuladas, estabelecem a relação social entre pessoas. Conforme o autor:

Se o espetáculo, tomado sob o aspecto restrito dos “meios de comunicação de massa”, que são sua manifestação superficial mais esmagadora, dá a impressão de invadir a sociedade como simples instrumentação, tal instrumentação nada tem de neutra: ela convém ao automovimento total da sociedade. Se as

33 STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos e rituais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 242

necessidades sociais da época na qual se desenvolvem essas técnicas só podem encontrar satisfação com sua mediação, se a administração dessa sociedade e qualquer contato entre os homens só se podem exercer por intermédio dessa força de comunicação instantânea, é porque essa “comunicação” é essencialmente *unilateral*; sua concentração equivale a acumular nas mãos da administração do sistema os meios que lhe permitem prosseguir nessa precisa administração.³⁴

Dessa forma, os meios de comunicação de massa estariam sendo os responsáveis, em grande parte, pela consolidação de um sistema que prende a atenção dos espectadores em torno de exposições de imagens sensacionalistas. Assim, para Guy Debord, os cidadãos deixariam de ser sujeitos ativos de sua própria história, transformando-se em passivos, meros espectadores que absorvem o que lhes é transmitido, pura e simplesmente, sem realizar juízo de valor.

Sabe-se que o espetáculo é uma construção social, uma relação intersubjetiva mediada por sensações, em especial produzidas por imagens e, por vezes, vinculadas a um enredo. O espetáculo tornou-se também um regulador das expectativas sociais, na medida em que as imagens produzidas e o enredo desenvolvido passam a condicionar as relações humanas: as pessoas, que são os consumidores do espetáculo, exercem a dupla função de atuar e assistir, influenciam no desenvolvimento e são influenciadas pelo espetáculo.³⁵

A maneira como os fatos são divulgados, o bombardeio de informações e a velocidade com que as notícias são transmitidas afetam diretamente a capacidade de crítica e também de autocrítica do homem, culminando na aceitação e anuência da realidade colocada de modo sensacionalista. O sensacionalismo se verifica pelo enorme apelo emocional das notícias e noticiários, pelo maniqueísmo instalado em cada caso, gerando uma forte oposição entre o bem e o mal, entre certo e errado,

34 DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Prólogo: Christian Ferrer. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto. 2017. p. 44-45

35 CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 122. ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.12.PDF+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em: 27/09/2018

sendo que todos estes aspectos culminam na exacerbação do sentimento de vingança que acaba por refletir diretamente no exercício jurisdicional e nas garantias fundamentais dos indivíduos.

Em um movimento de mutação simbólica, o valor do processo penal como limite ao poder em nome dos direitos individuais está a desaparecer. (...) Ao mesmo tempo, o sistema de justiça criminal, sempre seletivo, tornou-se cada vez mais objeto de atenção dos meios de comunicação de massa que, com objetivos políticos, não é de hoje, manipulam as sensações de medo, insegurança e impunidade na sociedade.³⁶

Por conseguinte, esse aspecto deixa de ser exclusivo da sociedade e da opinião pública e passa a adentrar os ramos da aplicação do Direito. Há nitidamente uma tendência de julgamento, nos últimos anos, marcada pela exposição midiática de determinados acontecimentos, pela sensação de medo, insegurança e pelo clamor punitivista que se verifica atualmente.

A partir de uma atuação incisiva, os meios de comunicação em massa adentraram de tal forma no processo judicial, principalmente em matéria criminal, que passaram a ditar o ritmo da narrativa, seu enredo e desfecho, transformando todo o julgamento em um espetáculo a ser divulgado e assistido pelos respectivos espectadores. Assim, muitas vezes, os juízes e as partes do processo se desvinculam de preceitos constitucionais, aproximando-se da opinião pública que, na maioria dos casos, se consolida a partir de um sensacionalismo.

O Supremo Tribunal Federal, sendo-lhe incumbido o dever de guarda da Constituição Federal, entendida como a norma de maior hierarquia dentro do ordenamento jurídico, tem o encargo de proferir as decisões adequando-as aos preceitos constitucionais. Ao mesmo tempo, deve dar interpretação à Constituição que seja condizente com a realidade socioeconômica em que o país se encontra.

³⁶ *Ibidem*.

Nos últimos anos o Supremo Tribunal Federal ganhou uma notoriedade midiática maior, principalmente a partir dos julgamentos dos escândalos de corrupção como o Mensalão, na Ação Penal 470, e a operação Lava-Jato, que ficaram marcados na história da política brasileira. Além disso, outras posições adotadas pelo Tribunal revelam certo ativismo judicial, principalmente em matéria de políticas públicas que também contribuíram de maneira significativa para maior visibilidade do órgão.

É preciso registrar que o Supremo Tribunal Federal, particularmente na última década, vem assumindo um papel político que não decorre estritamente do texto constitucional. Isto se manifesta, ora ao assumir o papel de legislador, substituindo-se ao Congresso Nacional, ora ao desempenhar o papel de poder constituinte derivado, estabelecendo normas constitucionais que não estavam inscritas na letra na Carta (...).

Na verdade, esse fato insinua uma importante transformação no sistema constitucional brasileiro. Ademais, por um lado, manifesta um certo ativismo – que hoje está presente em todo o Judiciário brasileiro (que bem analisa o Prof. Elival Ramos no livro *Ativismo Judicial*, Saraiva, 2010). Por outro, traz um grave risco de politização que fere a imparcialidade sempre necessária à Justiça.³⁷

Dessa forma, passaram, cada vez mais, a atuar no setor político, interferindo diretamente nos poderes Executivo e Legislativo. Por ter adotado posição mais ativista em suas decisões, ganhou espaço nos meios de comunicação e relevância midiática e, conseqüentemente, esteve exposto a críticas por parte da sociedade, quando suas posturas não condizem com a opinião pública. Este fenômeno deve ser analisado sob dois aspectos: o primeiro, positivo, pois possibilita uma familiaridade e aproximação maior da população com o sistema de justiça; o segundo, por sua vez, negativo, tendo em vista que em consequência desta proximidade, fica sujeito à influência da sociedade civil e à politização de suas decisões, prejudicando a imparcialidade do julgamento.

A necessidade de se ter um sistema de justiça imparcial decorre da obrigatoriedade de aplicação da legislação ao caso concreto de forma

37 FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 298

objetiva, sendo imprescindível, para que se concretize, a distanciação da autoridade julgadora do processo. Entretanto, verifica-se que, ao se encontrar mais suscetível às influências externas por pressão midiática ou até mesmo social, em muitos casos, o STF adotou postura parcial, cedendo a tais interferências e abdicando de garantir os direitos fundamentais, tal como se encontra em previsão constitucional.

8. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se do presente trabalho que há uma relação direta na aplicação do Direito Penal e o modo pelo qual os meios de comunicação transmitem a informação para o público. Na grande maioria das vezes, ao reportar uma notícia, a mídia se revela tendenciosa, estruturando as informações de modo a estabelecer um prévio juízo de culpabilidade. Tanto na omissão quanto na ênfase a determinados aspectos, os meios de comunicação constroem uma realidade que revela apenas o que lhes é conveniente, ratificando a hegemonia de uma classe social.

Nesse sentido, a partir das decisões analisadas, verifica-se que os Tribunais Superiores têm se orientado de acordo com tal posição nos casos de maior repercussão na sociedade. A partir de um crescimento político do Supremo Tribunal Federal por ter adotado postura mais ativa, aproximou-se da sociedade civil e tornou-se mais vulnerável a críticas. Portanto, para legitimar sua atuação, frequentemente corresponde aos anseios punitivos incitados pelos meios de comunicação, relevando princípios jurídicos.

Referências

A TRIBUNA. **Suspeito de matar traficante no Paraguai é capturado em São Vicente.**

Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/policia/suspeito-de-matar-traficante-no-paraguai-e-capturado-em-sao-viceinte/?cHash=ff1ec363e4ef79b3790625aa01ec2c93>>. Acesso em: 02/09/2018.

BORBA, J. A. FERREIRA, D. D. M. GEHRKE, Germano. A repercussão da corrupção brasileira na mídia: uma análise comparada das revistas *Der Spiegel*, *L'Obs*, *The Economist*, *Times* e *Veja*. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 1, p. 157-167, jan.-fev. 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/issue/view/3684>>. Acesso em: 14/08/2018.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 122. ago. 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/122.12.PDF+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab>. Acesso em: 27/09/2018

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça condena 205 por corrupção, lavagem e improbidade em 2012**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60017-justica-condena-205-por-corrupcao-lavagem-e-improbidade-em-2012>>. Acesso em 11/08/2018.

DC – DIÁRIO CATARINENSE. **15 anos depois, empresário de Florianópolis vai a júri popular por duplo homicídio em acidente**. Disponível em: <<http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2017/03/15-anos-depois-empresario-de-florianopolis-vai-a-juri-popular-por-duplo-homicidio-em-acidente-9741624.html>>. Acesso em: 07/09/2018.

DCI – Diário, Comércio e Indústria. **“Fechou uma janela da impunidade”, diz Moro sobre decisão do Supremo**. Disponível em: <<https://www.dci.com.br/politica/fechou-uma-janela-da-impunidade-diz-moro-sobre-decis-o-do-supremo-1.344850>>. Acesso em: 14/08/2018.

DEBORD, Guy. **A Sociedade do Espetáculo**. Tradução: Estela dos Santos Abreu. Prólogo: Christian Ferrer. 2ª ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2017.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

G1 – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Empresário vai a júri quase 15 anos após acidente que matou jovens**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-atarina/noticia/2017/03/empresario-vai-juri-em-sc-quase-15-anos-apos-acidente-que-matou-jovens.html>>. Acesso em: 07/09/2018.

G1 – O PORTAL DE NOTÍCIAS DA GLOBO. **Homem é preso com arma e documentos falsos em São Vicente**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/homem-e-preso-com-arma-e-documentos-falsos-em-sao-viceinte.ghtml>>. Acesso em 02/09/2018.

GAZETA DO POVO. **Decisão do STF de indenizar preso em cadeia pode causar rombo bilionário ao governo**. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/decisao-do-stf-de-indenizar-preso-em-cadeia-superlotada-pode-causar-rombo-bilionario-ao-governo-ocir5kzqqe47oflys79c4dbth/>>. Acesso em: 30/08/2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Mídia e caso Nardoni**: haverá julgamento objetivo e independente? 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 11/09/2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Natureza jurídica da serendipidade nas interceptações telefônicas**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. 18 de março de 2009. Acesso em: 02/09/2018.

INFOPEN – **Levantamento nacional de informações penitenciárias. Atualização – Junho de 2016** / organização, Thandara Santos; colaboração Inês da Rosa ... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

JOTA – Notícias que fazem diferença. **Uma moto e um roubo de R\$2,6 mil: o caso que fez o STF mudar sua jurisprudência**. Disponível em: <<https://www.jota.info/justica/uma-moto-e-um-roubo-de-r-26-mil-o-caso-que-fez-o-stf-mudar-sua-jurisprudencia-21022016>>. Acesso em: 11/08/2018.

LOPES JR., AURY. **Direito processual penal** – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Parecer Jurídico**. 28 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwioVISTKurdAhVFgJAKHfWoBtsQFjABegQICBAC&url=http%03A%02F%02Fwww.migalhas.com.br%02Farquivos%02F2018%02F4%02Fart20180402-05.pdf&usg=AOvVawoPCK65TyQb4SUTHhhvbjCm>>. Acesso em 24/07/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 107.801. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. DJ: 06/09/2011. **Portal STF**, 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=196&dataPublicacaoDj=13/10/2011&incidente=4053973&codCapitulo=5&numMateria=154&codMateria=2>>. Acesso em: 11/09/2011.

STF. HABEAS CORPUS: HC 118.533. Relatora: Ministra Carmém Lúcia. DJ: 26/06/2016. **Portal STF**, 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4432320>>. Acesso em: 09/08/2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 126.292. Relator: Ministro Teori Zavascki. DJ: 17/02/2016. **Portal STF**, 2016. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570>>. Acesso em: 11/09/2018

STF. HABEAS CORPUS: HC 129.678. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 13/06/2017. **Portal STF**, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4820467>>. Acesso em: 02/09/2018.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 1.088.359. Relator: Ministro Luiz Fux. DJ: 22/02/2018. **Portal STF**, 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5297828>>. Acesso em: 07/09/2018.

STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 580.252. DJ: 16/02/2017. **Portal STF**, 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em 28/08/2018

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 242

TERRA – PORTAL DE NOTÍCIAS. **PRF apreende 772kg de maconha em MS**. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/brasil/policia/prf-apreende-772-kg-de-maconha-em-ms.fe1b6ce675e4b310VgnCLD200000bbceboaRCRD.html>>. Acesso em: 24/07/2018.

A moralidade dos magistrados frente à sua discricionariedade

Artur Araujo Brillhante

Shayana Sarah Vieira de Andrade Mousinho

1. Introdução

A temática da moralidade do juizado frente à sua discricionariedade permeia o Direito vigente, sendo um tema frequentemente discutido, visto que é de fundamental importância compreender e discernir a linha concreta entre o tratado moral e o exercício jurídico que, no contexto atual, passa a considerar os princípios e a moral como um dos pilares do ordenamento que, submetido a Constituição Federal, prima a justiça e defesa daqueles a que o ordenamento se destina.

Assim, um ordenamento visa a sua completude ao imperar sobre todas as formas de relações inter-humanas e com o meio. Porém, essa tarefa mostra-se quase impossível, visto que a presença de um ordenamento que abarque todas as inúmeras questões sociais, vez ou outra, depara-se com situações que fogem à sua legislação, ocasionando lacunas em sua fundamentação ou até mesmo choques entre normas, criando antinomias jurídicas.

Desse modo, cabe aos operadores do Direito deliberar sobre a melhor decisão a se tomar, de modo a suprir essa demanda do ordenamento. Para isso, devem recorrer à própria Constituição positivada, através da hermenêutica jurídica, como também aos princípios jurídicos, à analogia de casos semelhantes e aos costumes vigentes. Todos esses elementos devem estar

em harmonia com os imperativos da Norma Suprema, de modo que qualquer ato considerado inconstitucional possa ser superado e, com isso, sejam alcançadas a integridade e a segurança jurídica.

Em relação a isso, muitos juristas, no que concernem suas obrigações constitucionais, apenas levam em consideração os interesses mesquinhos dominantes que não visam ao bem-estar social a longo prazo e, em muitas situações, dão respostas incompletas para suprir a existência de antinomias e de lacunas, sem fundamentá-las da melhor forma, conforme os casos. Assim procedendo, oferecem apenas um método paliativo de solução que, intercalado aos demais, fragilizam o poder constituinte do sistema vigente.

Nesse sentido, analisar criticamente as adversidades que advêm dessa nova forma de exercer o Direito, é fundamental para a superação de práticas nocivas que podem emergir através de interesses individuais e inconstitucionais, os quais ameaçam a segurança e a integridade jurídica. De maneira dedutiva, faz-se necessário discorrer acerca das questões morais que assolam o juizado brasileiro e assombram os cidadãos, visto que se têm tornado uma problemática pública que, além de empobrecer o poderio judiciário, eventualmente se torna a razão da negação deste, enquanto constituinte da regulamentação social

2. O neoconstitucionalismo como reformulação do direito

Com a formação do Estado Constitucional de Direito, consolidado na Europa durante o século XIX, foi posto um modelo de direitos com características gerais que tornavam a lei como centro do ordenamento jurídico. Sua fundamentação teve por base os ideais da Revolução Francesa nos quais se encontravam a afirmação da separação dos poderes e da proteção dos direitos individuais. Porém, foi na metade do século XX que a nova formação estatal conseguiu o status de Constituição Normativa.

Em mais de 500 anos de história as sociedades passaram por diferentes modelos institucionais, que podem ser divididos em três períodos:

Estado Pré-moderno, Estado Legislativo e Estado Constitucional de Direito. O Estado pré-moderno possui um pluralismo de fontes normativas advindos da doutrina tradicional romanística e jusnaturalística, em que há a supremacia do poder jurídico baseado nas crenças e costumes, vigente no período histórico das Polis gregas, das Civitas Romanas e do feudalismo medieval, nos quais não é evidenciado o exercício legislativo como principal fator doutrinário. O Estado legislativo é caracterizado por um monopólio estatal em um princípio de legalidade a fim de garantir a unidade e estabilidade através da natureza positivista em uma legislação de doutrina descritiva. Sendo assim, a jurisprudência nesse tipo de estado possui uma função técnica apenas para a análise dos códigos positivados.

Por fim, o Estado Constitucional de Direito surge em um contexto após a Segunda Grande Guerra e aprofunda-se no último quarto do século XX, com propostas de subordinação da legalidade a uma Norma Suprema que procurava garantir direitos gerais e fundamentais para nortear a elaboração de leis. Assim, com uma Constituição rígida, a criação legislativa e a administração do Estado devem ser compatíveis com as normas constitucionais, já que esta é dotada de imperatividade e limita o poder do legislador e do administrador com deveres de atuação. Dessa forma, a jurisprudência é reformulada e se torna um exercício criativo de interpretação à luz da Constituição.

No Brasil, o mesmo processo de redemocratização e reconstitucionalização se torna efetivo com a Constituição República Federativa do Brasil de 1988 que se torna a lei suprema do ordenamento jurídico. Isso porque ela vem à baila na expressão de um marco simbólico de contraponto imediato ao fim da Ditadura Militar, posto que surge em um contexto de inexperiência democrática e de vivência ambígua de direitos da realidade brasileira. Rememore-se que o espaço para a realização de um golpe que instaurou o Regime Ditatorial que perdurou até 1985, ainda não totalmente esclarecido, justificado através da desculpa de pôr um fim ao Estado autoritário e à ameaça comunista do governo de João Gou-

lart em 1964 que apenas reafirmou a desigualdade de condições da grande maioria popular além de atentar contra a estabilidade institucional e legalidade. Assim, a Constituição de 88 surge com um plano de resgatar princípios democráticos, em face ao sabido evento ditatorial; bem como reparar danos históricos e superar a indiferença e o descaso social que foi estruturado no período governamental de caráter claramente fascista.

O pós-positivismo é uma alternativa para a superação do embate antagônico entre o jusnaturalismo e o positivismo, que tem como referencial teórico as obras de Robert Alexy e Ronald Dworkin frente a modelos puros e difusos que paulatinamente se distanciavam das necessidades sociais e tornavam-se ineficazes em atender às novas demandas da modernidade. O pós-positivismo propõe uma reformulação da abordagem legalista das fontes do direito.

Sendo o jusnaturalismo o modelo da filosofia natural do Direito durante o século XVI, a legitimação das leis e das decisões jurídicas eram todas pautadas no *Common Law* e na jurisprudência baseada nos costumes e crenças vigentes com princípios universais e gerais. Entretanto, com as revoluções liberais, em um movimento contrário as decisões consideradas injustas, instáveis e anticientíficas do modelo jusnaturalista, surge então o positivismo com o auge no século XIX, sendo um modelo objetivo, considerando o direito as leis escritas e positivadas. Porém, a falta de meios interpretativos e hermenêuticos legitimaram que as novas constituições advindas desse método fossem usadas para fins bárbaros e mesquinhos a partir da instauração legal de governos não democráticos.

Feito esse referencial, com o fim da Segunda Guerra, ocorre o retorno da ética e dos valores humanos que, através dos pós-positivismo, vêm para valorizar a razão prática na teoria da justiça, pois o potencial negativo da existência humana atingiu seu auge durante esse período de guerras, conflitos e crises avassaladoras.

Com o reencontro entre a ciência jurídica e a filosofia do Direito se torna evidente a insuficiência da teoria positivista como solução para a resolução dos conflitos e meio norteador da sociedade moderna, há, en-

tão, o deslocamento da agenda jurídica, que passa a incluir os princípios gerais do direito, a resolução de casos difíceis e as doutrinas pautadas nos novos Direitos Humanos para fundamentar a teoria da norma constitucional.

Com isso, os princípios gerais, em harmonia com os Direitos Humanos, fundamentam a aplicação dos ideais de justiça a fim de garantir uma convenção constituinte nas formas políticas, abarcando também as condições culturais, políticas e econômicas da sociedade. Na elaboração de normas constitucionais que devem apreciar a justiça e a legislação social, determinam os deveres e os limites das obrigações políticas de modo a permitir resultados justos em uma maximização das expectativas dos menos favorecidos, a longo prazo.

No âmbito do Direito Constitucional, podem-se citar três mudanças de paradigma que foram de importância singular para o seu aperfeiçoamento: o reconhecimento da força normativa atribuída ao Direito Constitucional, a expansão da jurisdição e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

Em relação à força normativa da constituição, no contexto de pós-guerra e reconstitucionalização, foi posto que a norma constitucional teria a validade de norma jurídica, dotando-a de imperatividade a fim de deflagrar os mecanismos próprios de coação e de cumprimento forçado. No Brasil, o debate normativo da Constituição se ascendeu ao longo da década de 80, enfrentando resistência já prevista, como a posição retrógrada do sistema anterior em que o legislador e o administrador tinham plena liberdade para a elaboração de normas enquanto o judiciário era negligenciado. No novo modelo, a Constituição passa a ser a norma suprema e todas as decisões devem estar de acordo com suas normas e diretrizes ou serão eliminadas.

Em meados da década de 40 ainda vigorava o poder legislativo soberano que considerava a lei como vontade geral, mas no final da década esse modelo foi paulatinamente decaindo e em seu lugar ascendeu o

modelo Constitucional baseado na experiência norte-americana que trazia direitos fundamentais em sua elaboração.

Com a reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, houve a consolidação do constitucionalismo democrático e normativo que foi um influxo decisivo para o pós-positivismo, visto que já estava explícita a complexidade da vida contemporânea e a falha do direito em regular as novas formas de interação social. Com isso, o novo modelo de direito constitucional vem para transformar os meios jurídicos em uma realidade de pós-guerra e de globalização, almejando um equilíbrio entre os valores tradicionais e as novas concepções.

3. Constitucionalismo kelseniano x schmittiano

Como grandes juristas do século XX, Kelsen e Schmitt debateram amplamente sobre constitucionalismo e melhor método de defesa deste, um pano de fundo para o que seria o período positivista do Direito e mais a frente do que seria o contexto histórico para o nascimento do pós-positivismo.

Pelo viés Schmittiano, a constituição emana de um poder constituinte, sobrepondo a parte política à jurídica, criando a dicotomia entre Constituição e leis constitucionais, defendendo que seu guardião deva ser alguém neutro. De acordo com o teórico Benjamin Constant, capaz de harmonizar todos os demais poderes, em prol do desenvolvimento ordenativo, para minimizar as divergências de opiniões, sem exercer diretamente uma função, mas dotado de atividades similares dos poderes; não estando acima de nenhum, mas em alinhamento, sem existir na sua conjectura um limitador ao poder estatal, e, com esta, sob quatro conceitos: absoluto, relativo, positivo e ideal, sendo o positivo utilizado na sua teoria. Assim, a Constituição é a expressão política do poder constituinte, enquanto as leis constitucionais têm validade devido às decisões políticas com base na Constituição, não necessariamente precisando existir uma ligação entre ambas. Desta maneira, 1) a constituição é in-

tangível enquanto as leis não; 2) somente as leis constitucionais podem subsistir à mudança de uma constituição; 3) a constituição não pode ser reformada, podendo somente ser alterado o texto das leis constitucionais.

Acerca da democracia, para ele possui um caráter identitário, de modo a fortalecer a unidade política da sociedade, com uma visão relativamente autoritária da democracia. Ele discorre que a sociedade se organiza como Estado, não existindo uma dicotomia *Estado x Sociedade* mas a ausência de um vínculo que ligue diretamente ambos os pontos, que deveriam ser os partidos que, por sua vez segregam e contingenciam ainda mais as camadas sociais, obrigando a que o Estado aja de maneira positiva. Assim, o pluralismo seria obrigatoriamente autoritário.

Mais que isso, Schmitt criticou o judiciário, afirmando que este não deveria jamais declarar leis nulas e muito menos não as aplicar ao caso concreto, posto que ele não estava incumbido de proteger a Constituição, mas somente de seguir ordens pré-definidas desta. Também afirmou que uma lei não pode ser guardiã de outra, debatendo diretamente com a tese de Kelsen, ao perceber a norma fundamental de um caso judicial e não seu objeto.

Enquanto isso, Kelsen não poderia conceber a junção entre Direito e política. Entendia que o tribunal tivesse função dualista, porém não se deteria a apenas o segundo item do binômio. Ele via na Constituição uma norma capaz de escalonar todas as outras, dando-lhe unidade e sendo a base do sistema de produção normativa. A criação e conteúdo das normas hierarquicamente abaixo, em consonância com o controle de constitucionalidade, permitiria surgir tanto o fenômeno da inconstitucionalidade, como o da necessidade de manutenção constitucional. Nota-se, portanto, os caracteres preventivo e repressivo, uma vez que o controle impediria atos objetos de ação das leis; enquanto a manutenção, e consequente aperfeiçoamento, a sobrevida de atos e suas problemáticas futuras.

Quanto à anulação das normas, Kelsen dizia que o parlamento não revogaria leis por eles impostas, enquanto tal função também não deve-

ria ser atribuída aos magistrados, pois seria poder demais para estes. Defendia ele que deveria existir um órgão autônomo para tal função e não vinculado aos outros poderes.

4. Dos conflitos do ordenamento pós-positivista

A delimitação da concepção normativa estruturante restringe e específica, ao mesmo tempo, problemas da “natureza das coisas”, tratadas nos casos concretos. O real não aparece como realidade que engloba as coisas, mas surge como uma esfera de exigência normativa para validade. A norma jurídica se faz valer como tipo materialmente determinado da normatividade concreta e como um conjunto de conteúdos normativos possíveis. Desse modo, mais do que a normatividade compulsivamente atribuída aos casos litigados regados pela lei, se há a validação desta como necessária diariamente, colocada à prova devido a imprevisibilidade dos conflitos humanos.

Nesse processo, as “coisas” são substituídas pelo âmbito normativo, com a natureza implicando na estrutura básica buscada. De acordo com o pensamento pós-positivista, não se deve reduzir o direito à uma densidade lógico-material da estrutura das coisas, se a mesma não deve ser reduzida à sociologia jurídica, fazendo com que a concepção estruturante de norma deva permanecer vinculada à concretização do direito positivo escrito e não escrito, não problematizando esferas da vida real marcadas pela liberdade. Segundo Muller (2008), o direito é especificamente racionalizado pela teoria estruturante jurídica sob o primado da normatividade ordenadora e organizadora marcada pelos dados reais.

Tal ordenamento, como qualquer outro, é composto de falhas e brechas que permitem que aqueles no poder façam o que bem desejam da justiça, como são os casos antinômicos e compostos de lacunas. Porém, admitir que o ordenamento é falho, composto de imperfeições, implica a quebra do monopólio da produção jurídica estatal, a qual deve ser protegida pelos juristas que deveriam sanar tais problemáticas sem

dificuldades grandes, mas que acaba se tornando uma brecha para a perpetuação da injustiça, principalmente àqueles que pleiteiam contra “gente grande”, constituindo um ponto que gera a insegurança jurídica generalizada.

No entanto, esses casos difíceis foram de muito debate dentro e fora da academia jurídica e, embora ainda hoje existam pensamentos divergentes quanto à resolução de casos obscuros com base no ordenamento, a visão humanizada baseada na moral de Dworkin (2007), é a que mais se aproxima do que seria ideal para o correto funcionamento sistemático, o qual versa que não há “resposta certa” para as falhas preexistentes, mas somente decisões baseadas em diferentes princípios que levam os juízes a diferir quanto às decisões.

Desse modo é sugerido a figura idealizada do juiz Hercules, uma figura mítica jurídica que ilustra um agente do sistema voltado para as questões globais que envolvem o ser humano, que analisa não somente o regramento, mas também através e além do manto da formalidade institucional, prezando primordialmente pela justiça, contribuindo assim, para uma hierarquia bem definida, sem o judiciário inventando normas, e com o livre exercício da jurisprudência, com base no que seria a *common law*.

5. O juizado segundo a modernidade

Segundo Muller (2008), a norma precisa ser sempre desenvolvida para cada caso específico, a partir do caso em si, e do texto normativo, com o direito continental se distinguindo quanto à diferença entre princípio jurídico e norma jurídica. Não pelo seu caráter abstrato, mas por meio do caráter definidor dos casos de aplicação, caráter esse intrínseco à norma.

De acordo com a posição autoritária, utilizada na teoria constitucional e na prática dos direitos fundamentais, o Estado baseado na força vê os direitos constitucionais fundamentais como concessões feitas, como se

elas fossem contrárias às regras do sistema e, justamente por isso, resultando em tão pouca liberdade quanto possível.

No entanto, a transição do autoritarismo para a modernidade aliou-se a muitos preceitos libertários, que defendem e caminham de acordo com uma sociedade livre e justa e que deve primar pela igualdade. Como resultado tem-se o conceito pós-positivista do direito de norma jurídica: as normas não se encontram prontas nos textos legais, a não ser em formas primárias, com a norma sendo produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial.

Sendo assim, entende-se que o juiz deve se posicionar além, buscar desenvolver o direito de uma maneira menos engessada, sem criar leis que ele não tem poder para institucionalizar, mas atribuindo às fontes primárias do seu instrumento de trabalho sentido humano e lógico, e ultrapassando a concepção positivista já abandonada. Ao se inserir no pós- positivismo, deve atuar como verdadeiro ativista, em face da sociedade moderna e de exigência elevada, que requer que esse juiz não seja somente um leitor, mas também um dotado sociólogo jurídico, capaz de entender e atribuir suas ações ao que se chama moral.

6. A moralidade do juizado frente à sua decisoriedade arbitrária

Porém o conceito utópico de juízes Hércules nada mais são do que contos de fadas jurídicos. Não se faz estranho encontrar um juiz acusado de corrupção ou transpassando normas jurídicas bem explícitas, assim como princípios morais também.

Embora ainda seja difícil discernir e traçar uma linha concreta entre o que se trata de moral e o que cabe ao direito, e ainda hoje sejam questionadas as relação de ambos, é imprescindível notar que a moral é um dos pilares do que se chama direito, este que tem por objetivo – ao menos em tese – a justiça e defesa daqueles aos quais o ordenamento se destina.

Como bem estudado nas matérias propedêuticas, é sabido que o modelo normativo previsto no Brasil provém da junção que sedeu entre

o modelo autoritário romano com a liberdade civil germânica, resultando num direito em que uma das suas fontes se encontra nos costumes e moralidade para complementar e fazer jus a uma sociedade que assim se regula.

Porém, mesmo com toda a idealização que a moral tenta inserir no sistema, a leitura de tal preceito social realisticamente deixa claro que, assim como há vários sentidos e significados para o que se trata do direito, também há várias significâncias para o que seria moral para cada indivíduo, seja ele um juiz ou não. Surge, assim, um proceder entre cada servidor encarregado da magistratura, algo que explica porquê casos análogos podem ser sentenciados diferentemente, assim também como uma decisão pode ser defasada.

Uma relação processual é composta de pessoas que necessitam ter seus direitos resguardados, para resolver seus litígios, que pela tutela judicial, deve ser efetivado. Sendo assim, não é incomum que se tenham leigos esperando por seus processos, os quais precisam da humanização da justiça, não da sua automatização inumana.

No entanto, o moralismo jurídico somado à grande prepotência que muitos servidores públicos expressam em suas comarcas, é palpável com ordens absurdas, assim também como escândalos que são comentados e retaliados. Sendo assim, em vez de críticas, denúncias e investigação daqueles servidores que abusam do poder, que ultrapassam o papel de seus cargos, há voluntariedade e endossamento dos moralistas “ímorais” que continuam sendo pagos pelo povo.

Sabendo da impunidade a que estão destinados, configurada por suas supostas blindagens de poder, muitos desses se aproveitam de períodos politicamente conturbados e da insatisfação da população, para apontar culpados enquanto se livram sorrateiramente, misturando moral, dever e direito como bem lhes convém, construindo um quadro anárquico entre os poderes, onde um deles se autodenomina salvador da pátria, capaz de corrigir o outro. Dessa forma constituem uma convivência de ilegalidade e maus costumes, e que vem, pois, do topo da pirâmide

elitista, ocasionando uma crise ética e um risco às instituições republicanas democráticas. Segue que é possível observar a falta de consistência quanto ao discurso e justificativa de ações jurídicas, misturadas a política, assim também como interesses pessoais em seu processo de julgamento. É inelutável que isto interfere em pareceres e contribui para a instauração da insegurança jurídica.

Fazendo um paralelo à célebre obra *o Processo* de Kafka (2007) – visto que seu enredo fundado no absurdo é uma crítica ao poder judiciário –, a lei não é somente estatal, mas flutua acima e abaixo dela, com juízes que seguem um código legal desconhecido, onipresente, hodierno, mas secreto, e ao mesmo tempo arcaico. São narcisistas, sedentos de poder, com mania de grandeza, misturando o que seria autoridade moral com patriarcal. Estes, os quais vivem pelos holofotes midiáticos, que só contribuem para a construção do quadro de decadência social perceptível no âmbito moral.

Desse modo, quanto à liberdade arbitrária decisória de que os juízes são encarregados, tanto a obscuridade quanto os seus pareceres e como foram pensados, leva a população ao medo e à desconfiança, com a formulação popular do “juiz comprado”, popularizando-se no folclore social, assim como consequências noticiadas e retaliadas pela mídia, quando perante partes detentoras de poder. De toda essa inconsistência resulta a desfiguração da justiça, com o ente juiz encampando uma condição claudicante e sendo responsabilizado pelo mal funcionamento do sistema jurídico brasileiro.

Não satisfeitos com seus tetos salariais e verbas públicas exorbitantes, criticados do jornal local ao nacional, a atribuição do cargo ao que possa ser politicamente tendencioso também é digna de nota. O compadrio com prefeitos e outras figuras políticas hierarquicamente acima, para benefícios próprios, intensificam a desconfiança geral da população e ampliam o que se pode chamar de crise moral jurídico-política. Mais que isso, a criminologia penal a que estes estão atribuídos passou a ser tudo aquilo que o “rico não gosta”. Tem-se, não raro, a indiferença ao

comportamento infrator das camadas mais elitizadas ou os reservando a tribunais administrativos, à parte do sistema penal - e das medidas estatísticas-, sendo ignorados pela “justiça” e raramente estudados, visto seus poderios financeiros. Assim, mais que uma controvérsia, torna-se uma problemática que atinge a sociedade como um todo, visto que, segundo Sutherland, pesquisador que elaborou o perfil do criminoso de colarinho branco, em somente um dos casos que analisou, um alto funcionário de uma rede de supermercados desviou, em um ano seis meses, mais dinheiro que os mais de 500 furtos e assaltos realizados nas lojas no mesmo período, fazendo-se mais presente a justiça seletiva à qual o sistema está submetido.

7. Considerações finais atribuitivas

Sendo assim, é palpável a necessidade de uma reforma que reinstaure a segurança jurídica brasileira, a fim de se obter maior adequação e modernização da magistratura.

Mais do que julgamentos nos quais não se acreditam e nem há acompanhamento popular, é necessário a construção do que seria poder judiciário democrático, para que não se ascendam novamente movimentos extremistas que maculam o sistema, como retratado na caricatura Kafikianiana.

Não obstante, para o avanço judicial, é importante que haja consciência dos juízes e da população, a qual tem como dever fiscalizá-los; bem como que também se tenha a retomada da figura moral, atribuída aos que deveriam prezar pela ordem, trazendo de volta a concepção aristotélica da vida política, na qual o cidadão comum deveria ter poder deliberativo e judiciário. Qualquer avanço requer a reflexão primordial de que juízes nada mais são que servidores públicos, homens comuns, e não deuses.

Do mesmo modo, o que deve ordenar as magistraturas cidadãs é a constituição, as quais nem sempre são boas, ainda que invariavelmente

seu objetivo principal seja a justiça. Por outro lado, as más, têm por meta o interesse dos governantes. Assim posto, há que se fazer uma reflexão profundamente crítica ao que seria poder, não como um bem a ser repartido, mas como integração da força normativa popular inerente a todo cidadão.

Referências

ARISTÓTELES. **A Política**. 1ª ed. São Paulo: Lafonte, 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional**. 6 ed. – Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2º ed. São Paulo: Edipro, 2017.

BOLETIM JURÍDICO, 04/02/2013. Produzido por Santos de Vieira. Disponível em <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/2741/a-atuacao-juiz-frente-as-lacunas-direito>> Acesso em 17/02/2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DE ALMEIDA, Frederico. **A (i)moralidade do juiz moralista**. 01 de fev de 2018. Disponível em <<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/imoralidade-do-juiz-moralista-por-frederico-de-almeida/>>. Acesso em 18 de fev de 2019.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 10ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2018.

HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991

KAFKA, Franz. **O Processo**. Porto Alegre: L&PM, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009

MULLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. - Vol. I. 1ª RT, Ed. 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27º ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica**. 5. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SAVIGNY, F. C. Von. **Sistema do direito romano atual**. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.

Modelos alternativos de resolução de conflitos

**Dinheiro acima de tudo, propriedade acima de todos:
a intensificação dos conflitos agrários com a exclusão
de ilicitude nos casos de proprietários rurais que
atentarem contra invasores de terra**

Cristiane da Silva Gonçalves

Rayane Silva da Silva

1. Introdução

O presidente, Jair Messias Bolsonaro, durante a feira de tecnologia para o campo – “Agrishow” – declarou que pretende enviar um projeto ao Congresso Nacional, que vise à exclusão de ilicitude em casos de proprietários de terras que alegarem ter lesionado o bem vida por estar defendendo sua propriedade. Afirmou que: “ao defender sua propriedade privada ou sua vida, o cidadão de bem responde, mas não tem punição.” (BOLSONARO, 2019).

O alemão Ernst Ludwig Von Beling introduziu ao direito penal o conceito de tipo, no qual uma conduta é considerada típica por ser relevante penalmente. Assim, ao avaliar a tipicidade, a antijuricidade da conduta será verificada, se tal conduta no ordenamento jurídico for autorizada por uma norma jurídica, como as que estão descritas nos art. 23 do Código Penal, a ilicitude é excluída, portanto são chamadas de excludentes de ilicitude. No projeto mencionado pelo Messias, este se referia a legítima defesa, mas ampliando para a defesa da propriedade privada rural, no qual mesmo que o autor mate um dos posseiros, não poderá ter

seu ato considerado crime, uma vez que fora praticado dentro dessa modalidade de excludente de ilicitude.

A primeira questão a ser colocada é a de quem pode ser considerado o cidadão de bem, seriam os grandes latifundiários que, em sua maioria, enriqueceram as custas do trabalho escravo e são herdeiros do regime de sesmarias do Brasil imperial? A outra questão é quem, então, seriam os cidadãos do mal? Os filhos e filhas de camponeses que lutam por um pedaço de terra para fazer moradia e plantação? Decerto, essas perguntas podem ter respostas distintas dependendo do ponto de vista social e econômico. Diante disso, neste trabalho, defendemos a visão da classe trabalhadora formada por homens e mulheres que lutam incessantemente para ter um pedaço de chão, ocupando terras improdutivas para poderem chamar de suas.

2. As heranças do Brasil colonial

A herança histórica que o Brasil carrega, tendo em vista sua construção e desenvolvimento, sempre foi marcada por diversos conflitos que tinham como principais causas a luta contra exploração, escravidão e expulsão de pessoas de seus pedaços de terra, assim como a luta contra os exploradores e latifundiários, que visavam o lucro e a expansão de seu poder ao longo do território que se formava como nação.

Durante todo esse cenário, o litígio em torno da terra sempre existiu, onde camponeses e sem terras lutaram para impedir a grande exploração e o genocídio em suas áreas. Essa luta não possui tanta visibilidade diante da grande mídia e aos olhos da sociedade que se torna omissa perante essa face do Brasil, em que os poderosos ditam regras e declaram guerra todos os dias contra camponeses, sem terras, pequenos produtores e indígenas.

Após as declarações do atual presidente Jair Bolsonaro na Agrishow (Feira Internacional de Tecnologia Agrícola em Ação), visando dar salvo-conduto aos proprietários de terra contra invasores de propriedades

rurais, seu discurso alimentou a violência rural e influencia mais mortes, como se essa “solução” dada por ele, fosse a que melhor atendesse ao problema no campo. Esse tipo de discurso mostra a visão conservadora que sempre existiu em relação à propriedade no Brasil, onde os que tem mais dinheiro detém do poder, logo ditam as regras, e ignoram totalmente o fato que a divisão territorial ocorrida no Brasil se deu por meio de falsificações, invasões a força para ocupar latifúndios, assassinatos, subornos e a forte presença do sistema coronelista.

As mortes, as ameaças, as disputas entre os grandes fazendeiros e as pessoas no campo deixam um rastro de sangue que não pode ser apagado, e que sujaram a mão de todos que são coniventes com esse tipo de atitude. O professor e geógrafo Bernardo Mançano Fernandes, em um de seus vários artigos, o “Brasil: 500 anos de luta pela terra” menciona a questão da proteção do governo e omissão em relação a esses conflitos onde relata que:

Durante séculos, os movimentos camponeses tentaram romper com essa estrutura de poder, por meio da luta pela terra. Entretanto, todas as lutas ainda não foram suficientes para uma mudança eminente. Pela sua perenidade, a questão agrária nutre-se de conflitos, assumindo diferentes feições sem modificar sua essência. Portanto, a persistência da questão agrária é um cerco político a um projeto camponês. A questão agrária hoje já não coloca mais a pergunta: quem é contra ou a favor da reforma agrária? A sociedade em geral é favorável à sua realização (FERNANDES, 2001, p. 8).

E ainda ressaltaque:

O poder e a astúcia dos ruralistas e o papel fundamental do Poder Judiciário em defesa dos interesses e privilégios dos latifundiários e grileiros, têm um resultado perverso para a sociedade. (...) A luta pela reforma agrária passa ser uma das principais políticas do século XXI. E não é uma luta do passado. É uma luta do presente e do futuro, por construir (FERNANDES, 2001, p. 8-9).

Logo, a questão protecionista do governo, em exemplo de situações como a atual, só aponta ao fato de que a forma que está sendo conduzida

só fará com que mais sangue seja derramado em prol de poder e lucro. A luta, que prossegue de muitos anos, se intensifica, e é importante para a preservação da sociedade e seus recursos naturais, demonstra a perseverança por direitos perdidos e negados em um território que deveria ser para todos, a batalha por sobrevivência que se mantém de pé contra o patriarcado, os fazendeiros e latifundiários é herança de um país explorado cegamente pela ganância e sede de poder, onde cada vez mais se percebe que o Brasil acima de tudo, não é o Brasil para todos, mas só para quem tem poder.

Na publicação de uma reportagem feita por Julia Dolce, no site De Olho nos Ruralistas, em 10 de Abril de 2019, sobre os cem primeiros dias do governo Bolsonaro, esta relata a questão das aprovações feitas pelo governo e revoltas ocasionadas por discursos sobre delimitações de terra, assim como a intensificação de conflitos no campo, onde enfatiza em um trecho a fala de um líder quilombola Bico sobre os acontecimentos do atual governo e relembra a luta que se prolonga durante séculos, onde fala que:

Coordenador da Conaq, o líder quilombola Bico lembra o compromisso que o Estado tem com os direitos dos povos tradicionais, o de promover a justiça social e levar a eles dignidade, emprego e saúde. Mas ele não se surpreende com os retrocessos dos primeiros meses de Bolsonaro. “Para nós nunca foi fácil ao longo dos últimos quinhentos anos, jamais vamos abaixar a cabeça”, afirma. “O governo completa cem dias sem propostas, sem plano nenhum. É um saco que não para em pé” (DOLCE, 2019).

Além de fatos supracitados sobre a situação atual entre os fazendeiros e camponeses em um momento de extrema tensão no cenário brasileiro, não basta apenas analisar a situação real em que está o conflito, cabe fazer uma análise interpretativa sobre como se originou a divisão de terras no território brasileiro, desde o período de colonização da Coroa Portuguesa, que procurava explorar o novo território e criar formas de expandir seu domínio na América, aplicando um regime de sesmarias, que em tese seria uma forma organizacional e rígida para ocupação de

terras para cultivo e lavragem. Contudo, essa divisão não se deu de forma realmente justa, deixando de considerar os povos que realmente necessitavam da área e a pluralidade social que existia, gerando os primeiros conflitos em posses de terra.

Em sua ideia original, a visão para a colonização seria de atrair colonos para ocupar as terras e gerar produção, porém, visava agraciar apenas os mais afortunados, sendo uma visão conservadora e lucrativa para o Reino de Portugal. Logo após a formação desse regime, se percebeu os problemas que surgiram em relação à divisão das terras, como relata Nelson Nozoe, em seu artigo “Sesmarias e Aposentamento de Terras no Brasil Colônia”, onde aponta:

Justamente a inexistência de um regimento específico sobre as sesmarias, no arazoado que encabeçava o alvará de 5 de outubro de 1795 atribuíram-se os abusos, irregulares e desordens, que tem grassado, estão e vão grassando em todo o Estado do Brasil, sobre o melindroso objeto das suas sesmarias (NOZOE, 2006, p. 7).

Por conta das irregularidades, além de um processo que beneficiava e dava poder aos sesmeiros, grandes produtores e fazendeiros, bem como criando oligarquias e não gerando rotatividade da terra ou beneficiando também pequenos produtores e lavradores, iniciou-se um processo de detenção da posse e desigualdade social rural.

Com o início dessa separação territorial surge a deslegitimação da terra por Portugal, a qual dava domínio e prioridades na propriedade dessas terras para os que possuíam títulos concedidos pela própria Coroa. Logo, qualquer outro camponês ou trabalhador que tentasse tomar um pedaço de terra para lavrar estava fora do direito e sujeito a punições ou multas impostas por Portugal.

Com uma crítica a esse modelo colonizador, o professor de direito Roberto Moreira de Almeida, ressalta os problemas causados por esse método e diz que:

A implantação do sistema sesmarialista no Brasil foi calcado em critérios pessoais e econômicos. Apenas as pessoas privilegiadas politicamente foram beneficiadas. O grande contingente rural-trabalhador ficou desamparado e não teve outra alternativa senão trabalhar em regime de servidão ou de quase-escravidão para os sesmeiros (ALMEIDA, 2003, p 311).

Logo, pode-se concluir o quanto a medida adotada desde o período colonizador afetou o sistema de divisão territorial de terras no Brasil, onde se formou uma oligarquia latifundiária, a qual grandes fazendeiros são influentes e tem o domínio total das terras, enquanto os demais trabalhadores e camponeses sempre estiveram em desvantagem, e com isso, a forma encontrada para obter um lote de terra para viver e cultivar, se dava por meio de tomadas “ilegais” da terra.

Em uma das principais ideias do filósofo inglês John Locke (1632-1704), a propriedade de terra tem como principal fundamento o trabalho que é exercido nela, e a posse a mais do que cabe a alguém ter sobre a terra é algo ilegítimo e desonesto. Além disso, remete ao fato de que o trabalho cria a propriedade, em referência também à terra, pois quando o trabalhador a cerca e a cultiva ele se torna proprietário dela (1994, p. 9).

Ainda ressalta em sua obra, no capítulo V: Da Propriedade que:

Ainda que a terra e todas as criaturas inferiores pertençam em comum a todos os homens, cada um guarda a propriedade de sua própria pessoa; sobre esta ninguém tem qualquer direito, exceto ela. Podemos dizer que o trabalho de seu corpo e a obra produzida por suas mãos são propriedade sua. Sempre que ele tira um objeto do estado em que a natureza o colocou e deixou, mistura nisso o seu trabalho e a isso acrescenta algo que lhe pertence, por isso o tornando sua propriedade (LOCKE, 1994, p. 42).

Em síntese, a questão histórica referente a posse de terras é bastante conturbada no que concerne aos 500 anos de colonização. A intensificação da força oligárquica no território brasileiro, que sempre dominou a população, criando as regras, fez com que o direito pertencesse à elite dominante, portanto, o que fosse de seu consentimento e

benefício, por eles eram imposto, enquanto a sociedade era submissa ao controle patriarcal.

Todo esse contexto, vem gerando intensos conflitos no regime agrário, onde de um lado há os trabalhadores e camponeses lutando para ter legitimidade na posse de terra, ter o direito, proteção e dignidade para cultivá-la, enquanto do outro, tem-se o paternalismo do governo bolsonarista, para com os latifundiários, que tapa os olhos para as inúmeras mortes ocorridas no campo, favorecendo os proprietários rurais que não abrem mão de sua influência e domínio regional.

3. O projeto agrário brasileiro

A Constituição Federal de 1988 previu em seu texto a reforma agrária, assim como o papel social da terra. Segundo o professor Luiz Ernani Bonesso de Araújo (2001, p. 114), a reforma agrária é um ato do poder público, no qual os camponeses não proprietários exigem do Estado acesso à terra, contudo, esse acesso só é possível modificando a estrutura fundiária, o que origina um conflito no qual se opõem duas forças: grandes proprietários e trabalhadores rurais.

O litígio que envolve à terra é caracterizado pela luta social, posto que, os camponeses depois de muita espera pela efetivação de planos que ficaram apenas na Constituição Federal de 1988, começaram a invadir terras alheias improdutivas (ZIMMERMAN, 2010, p. 32), que, de acordo com dados do Atlas da terra Brasil 2015, realizado pela CNPq/USP, corresponde a 159,7 milhões de hectares, sendo esses hectares os ocupados pelos posseiros.

Diante disso, a reforma agrária é um direito, tendo o Estado como mantenedor, visando reduzir as desigualdades, “garantindo em teoria as condições mínimas de subsistência e convivência harmônica da população como um todo.” (ZIMMERMAN, 2016, p. 153). Apesar disso, paradoxalmente, poucos ainda pensam em realizá-la, embora seja um assunto muito discutido no cenário vigente (SILVA, 2013, p. 197).

O geógrafo Bernardo Mançano Fernandes acentua que:

Os problemas referentes à questão agrária estão relacionados, essencialmente, à propriedade da terra, conseqüentemente à concentração da estrutura fundiária; aos processos de expropriação, expulsão e exclusão dos trabalhadores rurais: camponeses e assalariados; à luta pela terra, pela reforma agrária e pela resistência na terra; à violência extrema contra os trabalhadores, à produção, abastecimento e segurança alimentar; aos modelos de desenvolvimento da agropecuária e seus padrões tecnológicos, às políticas agrícolas e ao mercado, ao campo e à cidade, à qualidade devida e dignidade humana. Por tudo isso, a questão agrária compreende as dimensões econômica, social e política (2001, p. 23).

A má distribuição de terra que decorre do período colonial, privilegia alguns, dentre eles estão os grandes latifundiários que detêm do poder político e econômico nas áreas interioranas, principalmente das regiões Norte e Nordeste. Ademais, no governo atual, a chamada bancada ruralista conta com cerca de 257 signatários atuantes nas demandas do Congresso Nacional, o que certamente dificulta ainda mais o assentamento das famílias marginalizadas pelo processo de produção.

Com base nos dados do INCRA (Instituto de Colonização e Reforma Agrária), a média anual de famílias assentadas de 1995 a 2012 foi em torno de 65 mil, outrossim, os dados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio), de 2011, constatou que há uma baixo nível de escolaridade, precárias condições de moradia e baixa remuneração do trabalho realizado pelas famílias residentes no campo brasileiro, além disso,

Com a população rural de cerca de 38 milhões de habitantes, existem no Brasil apenas 2.065 mil propriedades agrícolas. Neste número incluem-se 70 mil propriedades latifundiárias, que representam 3,39% do total dos estabelecimentos agrícolas existentes, mas que possuem 62,33% da área total ocupada do país (STÉDILE, 2005, 74).

Os dados da CPT (Comissão Pastoral da Terra) analisados por Artur Zimmerman, entre os anos de 1985 a 2005, demonstram que o grupo mais

vitimado nos conflitos de terra são os posseiros. Não há dados concretos sobre vítimas que estão do lado dos grandes proprietários, logo, é perceptível qual é o perfil dos atingidos pelos conflitos agrários. Assim, o discurso do presidente além de ser inconsequente, não leva em consideração os dados básicos sobre a luta por terra, que fortalecem a tese, daqui em diante trabalhada, de que a pobreza e a desigualdade social são causas dos conflitos agrários.

4. A pobreza e a desigualdade social como determinantes da violência agrária

O pequeno produtor rural não possui o mesmo processo de produção de um latifundiário, assim como, por vezes, sua quantidade de terra é insuficiente para o contingente familiar. À vista disso,

Quando a renda é baixa ou mesmo inexistente, o que é característico de parte substantiva da população rural, em comparação com a urbana, a pobreza faz com que as necessidades básicas dos camponeses não possam ser atendidas e estes ficam à mercê da solidariedade de sua comunidade ou de empregos ou subempregos que possam satisfazer as necessidades elementares das famílias que dependem do campo para seu sustento, ou mesmo de programas governamentais de transferência de renda (ZIMERMAN, 2016, p. 73).

Desse modo, a pobreza faz com as pessoas procurem outras formas de renda, e esse caminho alternativo é o acesso à terra, demonstrando que os camponeses só se rebelam quando não possuem o mínimo para sustentar sua família (Zimerman, 2016, p. 77). Logo, é por meio da violência que se tenta conseguir o que constitucionalmente lhes são de direito (moradia e alimentação), no Nordeste, por exemplo,

Só na zona rural são 40 milhões de pessoas abaixo da linha de pobreza, segundo as últimas estatísticas da Fao. Como é possível arrumar emprego produtivo para 40 milhões de pessoas? dois empregos por hectare? Precisaria de 20 milhões de há, uma área do tamanho do estado de São Paulo; isso se for irrigado, plantando abobrinha, morango, e para exportar para os esta-

dos unidos, porque o mercado interno não tem poder aquisitivo para tal (SILVA, p. 235).

Corroborando com esse pensamento, Zimmerman (2016, p. 89) diz que a pobreza é resultado da insuficiência de renda e a desigualdade é fruto da má distribuição de renda e de outros variáveis necessárias à qualidade de vida. Ademais o nível de escolaridade nas áreas rurais é inferior ao das urbanas, sendo que “a educação continua sendo a variável demaior poder explicativo para a desigualdade brasileira”(FERREIRA, 2000, p. 24), consoante aos números analisados por Artur Zimmerman (2016, p. 105-107), somente 18% dos municípios com mortes agrárias, tem um índice de alfabetizados com 15 anos ou mais, outra realidade nessas regiões são as escolas precárias com salas de aulas improvisadas dentro de fazendas.

Diante de tais dados, conceder permissão para matar, ao criar uma nova excludente de ilicitude, não findará os conflitos no campo, mas o intensificará, uma vez que a pobreza e a desigualdade são fatores determinantes. Aqueles que pouco tem, buscam outras formas de sobrevivências para suprir as necessidades que o Estado negligencia. Uma pequena parcela da sociedade detém de mais da metade das propriedades brasileiras e ainda vivem em um sistema de coronelismo, dar mais poder a estas pessoas fará com que mais inocentes morram e outras chacinas se repitam, sem que os culpados sejam punidos, pela simples declaração de defesa da terra.

Zimmerman (2016, p. 122) sugere que “Programas de redução de pobreza a curto e longo prazo podem ajudar a tirar muitas famílias que estão abaixo da linha depobreza e, com isso, reduzir a própria desigualdade e violência agrária também”. Nenhuma medida que envolva dar mais poder aos latifundiários cessará a violência ou os conflitos, mas, sim, tratando a partir da base os problemas que alicerçam o Brasil desde a sua formação.

5. Considerações finais

Por todo o exposto, que não esgota o tema, é nítido o quão irresponsável foi a declaração do presidente Jair Bolsonaro, no que se refere à exclusão de ilicitude em casos de proprietários rurais que atentarem contra a vida de posseiros, haja vista que o implícito aval para que latifundiários possam matar invasores, e não serem punidos, é um grande atentado a Constituição e aos direitos humanos.

Um projeto com essa dimensão apenas legitimará os conflitos no campo, assim como o poder dos fazendeiros. Logo, o governo bolsonarista não estará protegendo a propriedade privada, mas banalizando a vida dos camponeses que há são vítimas das desigualdades sociais, da pobreza e da má distribuição de terras. Tais problemas se estendem desde o período colonial, época na qual já se favorecia os mais ricos e poderosos, enquanto os mais pobres eram marginalizados e ignorados.

Aprovar esse tipo de medida, só irá aumentar a violência e o genocídio no campo e fazer com que os conflitos se tornem cada vez maiores e sangrentos. Portanto, é necessário, em exemplo, que haja melhor distribuição de terras e programas de redução da pobreza, a fim que essas pessoas tenham direito a uma vida digna e segura, sem represálias ou ameaças de donos de terra. Assim, haverá mudanças nesse cenário conturbado que existe bem diante dos olhos da sociedade, mas que é ignorado.

Ainda há muitas outras linhas de abordagem sobre o tema, espera-se que esse projeto não seja aprovado, porque lesiona o bem vida, para, simplesmente, acumular mais capital ou embasar seu poder pela quantidade de terras que possui.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. **Sesmarias e terras devolutas**. In Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 40, n. 158, p. 309-317, abr./jun. 2003. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/865/RL158_2_20.pdf?sequence=4

BALANÇO da questão agrária brasileira de 2017. **Comissão Pastoral da Terra**, Brasil, 12 de janeiro de 2018. Disponível em: <<https://www.cptnacional.org.br/publicacoes-2/destaque/4183-balanco-da-questaoagraria-brasileira-em-2017>>. Acesso em: 28 de maio de 2019

Balanço INCRA 2003/2010. **INCRA**, Brasil. Disponível em: < www.incra.gov.br/index.php/servicos/publicacoes>. Acesso em: 31 de junho de 2019

BOLSONARO quer isentar punição a ruralista que “defender sua propriedade”. **Exame**, São Paulo, 29 de abril de 2019. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/bolsonaro-defende-projeto-de-excludente-deilicitude-para-produtor-rural/>>. Acesso em: 30 de maio de 2019

DOLCE, Julia. **Cem dias de retrocesso**: povos do campo são alvos do governo Bolsonaro. Acesso em agosto de 2019. Disponível em: <https://deolhonosruralistas.com.br/2019/04/10/cem-dias-de-retrocessos-povos-do-campo-sao-alvo-do-governo-bolsonaro/>

FERNANDES, Bernardo Mançano. **Questão agrária, pesquisa e MST**. São Paulo, Cortez, 2001.

FERREIRA, F. **Os determinantes da desigualdade de renda no Brasil**: luta de classes ou heterogeneidade educacional? Rio de Janeiro: PUC-Rio, fev. 2000.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil**. Publicação: Editora Vozes. Acessado em Junho de 2019. Disponível em: http://www.xr.pro.br/IF/LOCKE-Segundo_Tratado_Sobre_O_Governo.pdf

NOZOE, Nelson. **Sesmarias e Aposentamento de Terras no Brasil Colônia**. São Paulo, Brasil. Acesso em Julho de 2019. Disponível em: http://www.anpec.org.br/revista/vol7/vol7n3p587_605.pdf

PAGANI, Lucas. **O Conceito de propriedade em Locke**. 13 de junho de 2017. Disponível em: https://ilmg.org.br/o-conceito-de-propriedade-em-locke/#_ftn5

SCHUTZ, Hebert Mendes de Araújo. **Direito Agrário no Brasil**: uma abordagem histórica e pontual. Acesso em junho de 2019. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19988&revista_caderno=5

STÉDILE, João Pedro (Org.); ESTEVAM, Douglas (assistente de pesquisa). **A questão agrária no Brasil**: Programas de reforma agrária. 1946 – 2003. 1 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2005

ZIMERMAN, ARTUR. **Terra manchada de sangue**: conflitos agrários e mortes no campo no Brasil democrático. São Paulo: Humanitas. 2010.

A mediação como mecanismo de resolução de conflitos nos processos administrativos disciplinares

Alberto Alves de Melo Neves

Lavínia Cavalcanti Lima Cunha

1. Introdução

Observa-se que, por meio da evolução do Direito como ente regulador do *dever ser*, interiorizou-se a cultura do litígio, as pessoas cada vez mais utilizam o Poder Judiciário para resolução de pequenos desconfortos oriundos da sua rotina, sejam das relações familiares, às relações interpessoais que norteiam o dia a dia, sobretudo no âmbito administrativo.

É notório também o crescente número de processos envolvendo tais desconfortos, e por outro lado, o incentivo às correntes que defendem modelos autocompositivos vem ganhando força, na tentativa de amenizar o fluxo processual e dar celeridade aos processos que não permitem a resolução consensual ou tiveram a tentativa frustrada.

Entretanto, o ente administrativo é portador de limitações, que diferentemente das leis que regem o contrato social e permitem que as pessoas façam tudo aquilo que não lhes são proibidos, o servidor público carece que a lei determine o *modus operandi* da atividade a ser desenvolvida. Para tanto, faz-se necessário a positivação das normas que permitem a realização da mediação na Administração Pública.

O objetivo desse trabalho é demonstrar a necessidade da aplicação da mediação nos processos administrativos disciplinares (PAD's), justifi-

cada pela abertura da norma legislativa que fornece os meios adequados à elaboração de dispositivos que norteiem o processo, entretanto, o legislativo permanece inerte.

O método de pesquisa aplicado foi qualitativo quanto à abordagem e bibliográfico quanto ao procedimento adotado tendo como base bancos de dados e relatórios de correição mensais publicados do início de 2018 a maio de 2019.

2. Mediação

2.1 História

A ideia de mediação, apesar de ser algo recepcionado há pouco tempo pelo direito, possui registros de sua aplicação desde os tempos mais remotos, há cerca de 3000 a.C. na Grécia, no Egito, na Babilônia, para a resolução de conflitos entre as Cidades-Estados (CACHAPUZ, 2003).

Há relatos de que na Roma antiga havia a previsão do procedimento na presença do juiz (*in iure*) e na presença de um mediador ou árbitro (*in iudicio*).Entretanto, o procedimento não era considerado como um instituto do direito, mas sim como regra de cortesia (LENZA, 1997).

Com a evolução do judiciário, fez-se necessário a adequação da mediação para o ingresso no mundo jurídico e, nesse contexto, na segunda metade do século passado, os Estados Unidos, aspirando à possibilidade de dirimir o fluxo processual que superlotava o Poder Judiciário em face das demandas que emergiram com o final da Segunda Guerra Mundial, criaram um modelo alternativo para a solução dos conflitos. Desse modelo, originou a sigla ADR (Alternative Dispute Revolution), para identificar os meios alternativos de solução de conflitos (ANDRADE, 2009).

No Brasil, a ideia começa a ganhar força legislativa com o Projeto de Lei Nº 4.827/98, da Deputada Zulaiê Cobra, que em seu texto abordava a regulamentação da mediação, seu conceito e discorria algumas disposições a seu respeito. Sendo aprovado em 2002 pela Comissão de

Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde recebeu o nome de PLC 94 (PINHO, 2008).

2.2 Conceito

Como discorre Petrônio Calmon, em Fundamentos da Mediação e da Conciliação (2008, p. 119):

A inclusão informal ou formal de terceiro imparcial de negociação ou na disputa dá-se o nome de mediação, que é, pois, um mecanismo para a obtenção da autocomposição caracterizado pela participação de terceiro imparcial que auxilia, facilita e incentiva os envolvidos. Em outras palavras, mediação é a intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável.

Diante disso, observa-se que, para alcançar um consenso entre as partes é necessário negociar, sabendo, portanto, que poderão abdicar de certos anseios processuais para encontrar o consenso que seja favorável às partes. O papel do mediador é limitado ao incentivo, auxílio e facilitação do diálogo das partes, que têm total poder de decisão. Ao ultrapassar esses limites, o terceiro imparcial agirá como um árbitro, retirando a essência da mediação e transformando-a em um método heterocompositivo.

2.3 Características

A abertura que o método de mediar o processo oferece não lhes proporciona um rito próprio. No entanto, para o enriquecimento qualitativo da condução da mediação, esta faz uso de técnicas que facilitam a condução do diálogo, e adquire algumas características próprias que, dentre outras, são: a cooperação das partes, que para encontrar o consenso, faz-se necessário que estas estejam dispostas a negociar, e renunciar a fim do meio termo favorável; a autocomposição, que confere

às partes total autonomia para a solução do litígio, de modo que solucione o conflito por meio do consenso; a confidencialidade que garanta que as informações prestadas nas sessões de mediação não sejam utilizadas em processo judicial, permitindo que as partes fiquem mais à vontade para dialogar abertamente e, a economia processual, seja dinheiro ou tempo.

Diante disso, observa-se que a mediação alcança parâmetros que o processo judicial não alcança, tanto no tocante à duração razoável do processo, quanto na solução dos problemas ocultos que não são externalizados no rito processual comum, por diversos fatores, dentre eles o distanciamento das partes oriundo da litigiosidade processual.

3. Procedimentos administrativos disciplinares

3.1 A sindicância administrativa

A autoridade que tiver ciência do fato, ou de uma possível irregularidade, deverá promover sua imediata apuração a fim de elucidar as condições que a irregularidade se manifestou e seu (s) respectivo (s) autor (es), ou ainda, se houve irregularidade de fato. A Sindicância Administrativa é utilizada para elucidar os indícios de existência e autoria de determinada irregularidade oriunda do Serviço Público, e, se necessário, optar pela instauração do Processo Administrativo Disciplinar (PAD).

A doutrina diverge no tocante à aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na sindicância administrativa, subdividindo-a em Sindicância Investigativa e Sindicância Punitiva, a primeira trata apenas de elucidar os fatos conhecidos, sua materialidade e autoria, cria elementos que norteará o PAD, sem nenhum caráter punitivo, dessa forma, dispensa a necessidade da aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A segunda, por sua vez, oferece à comissão processante a prerrogativa de, no desfecho da sindicância, opinar por uma punição, oriunda de alguma ilicitude na atribuição das funções dos

servidores públicos ou que tenha relação com o cargo investido, nesse caso, faz-se necessário a aplicação de tais princípios.

O desfecho da Sindicância Administrativa poderá ser: a) o arquivamento do processo, concluindo que após a apuração dos fatos não se configurou irregularidade, ou ainda que esta se deu em caráter excepcional, não atribuindo dolo ou culpa ao agente público que, dada as circunstâncias, agiu visando a continuidade do Serviço Público; b) aplicação de penalidade de advertência ou suspensão de até 30 dias, concluindo que o agente público agiu com dolo ou culpa na atribuição das suas funções, que o ato em si não estava plenamente de acordo com os Princípios do Direito Administrativo, ensejando uma punição em caráter educativo e correccional; c) instauração do PAD, vislumbrando que os autos asseveraram uma punição maior que a da Sindicância Administrativa, seja suspensão de até 90 dias, demissão, cassação de aposentadoria ou reserva.

3.2 O processo administrativo disciplinar

3.2.1 Conceito

O legislador expressamente conceituou o PAD, no artigo 148 da Lei Federal 8.112/1990, que discorre que “O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido”.

Depreende-se do texto que o PAD é o mecanismo do exercício do poder disciplinar do Estado, que a sua forma compreende uma série de atos que visa a aplicação do regime disciplinar dos servidores públicos para a apuração e a respectiva sanção dos atos por eles praticados no exercício da sua função ou que possua relação com o cargo designado.

3.2.2 Características

O PAD será conduzido mediante uma comissão composta por, no mínimo, três servidores estáveis, com a necessidade de um membro Presidente e um Membro/Secretário, a serem designados pela autoridade competente mediante publicação de ato que lhes confere tais poderes. Devendo, portanto, exercer as atividades com imparcialidade e independência em seus atos, garantindo o sigilo necessário à elucidação dos fatos.

Após a publicação do ato inaugural do processo, inicia-se a fase de inquérito administrativo, que abrange as fases de instrução, defesa e relatório. A primeira relaciona-se com a averiguação dos fatos, levantamento de provas, comprovação dos atos e convencimento da Administração Pública, é onde serão elucidados os fatos mediante iniciativa própria, determinando diligências, ouvindo acusados e testemunhas, realizando perícias e inspeções. É tudo que irá fundamentar a decisão durante a fase de julgamento. Já a segunda discorre sobre todos os meios legais que permita que o acusado se defenda, tendo em vista a aplicação do dispositivo constitucional elencado no artigo 5, LV “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes”. E o relatório final, que será o meio pelo qual a comissão processante elencará os procedimentos adotados, e disporá à autoridade competente todos os pontos considerados relevantes para um julgamento apropriado, geralmente é conclusivo, optando para o que a comissão acha mais justo. Entretanto, é uma peça opinativa que não vincula autoridade a adotá-la.

E, por fim, a última fase do PAD configura a fase de julgamento, após a entrega do relatório final, a autoridade competente terá 30 dias para publicar a decisão. O prazo poderá ser prorrogado por igual período, desde que devidamente fundamentado. Geralmente a administração acolhe a opinião da comissão processante, entretanto, poderá divergir, desde que seja devidamente fundamentado.

4. A mediação nos processos administrativos disciplinares

4.1 A necessidade do uso da mediação

Uma série de desvantagens permeiam o Processo Administrativo Disciplinar, com ênfase nos processos motivados por denúncias de desentendimento no exercício funcional dos servidores públicos. Brigas, desvio de função, abuso de poder e discussões pessoais são alguns exemplos de desentendimentos que poderão motivar um Processo Administrativo, aos quais grande parte dos servidores públicos está sujeita.

Uma sequência de custos envolve o PAD, desde a publicação inaugural do ato que consubstancia a comissão processante, aos custos intrínsecos aos atos processuais¹.

Nos exemplos supracitados, observa-se que carece de uma comunicação entre as partes, e a instauração de um PAD, muitas vezes, não resolverá de fato o objeto da lide processual, tendo em vista que os interesses ocultos não serão levantados no decorrer do processo.

As Comissões Permanentes, Corregedorias e afins, permanecem abarrotadas de processos e sindicâncias acumuladas, resultando na morosidade processual no âmbito administrativo, o que de fato não permite que se atentem aos interesses ocultos do processo, uma vez que devido à superlotação faz-se necessário a apuração de vários processos simultaneamente, para dar celeridade processual e atender à razoável duração do processo, como previsto na Constituição Federal.

O início do processo traz consigo um desgaste emocional para as partes, toda litigiosidade processual, onde um lado tenta encontrar meios de atribuir dolo ou culpa ao outro, para ensejar uma punição e o outro, por sua vez, tenta se imiscuir da responsabilidade, para que não seja punido. Ademais, é comum que em casos de desentendimentos dos ser-

¹ Os custos intrínsecos estão relacionados às variáveis que permeiam o processo, seja custos de impressão, custos com o deslocamento, publicação de intimação por edital em caso de acusado revel, honorários advocatícios, caso a parte deseje, dentre outros.

vidores públicos, ambos motivem abertura de PAD, cada um querendo provar suas razões, ensejando em mais de um processo a ser averiguado.

Findado o processo, atribui-se ou não a respectiva sanção. Tomando como base o banco de dados da Comissão Permanente de Inquérito Administrativo (CPIA) da Universidade Estadual de Ciências da Saúde de Alagoas (UNCISAL), observa-se que no período de janeiro de 2018 a maio de 2019, das sindicâncias relacionadas ao desentendimento entre servidores públicos realizadas nesse período **TODAS** foram arquivadas, assim como os Processos Administrativos Disciplinares, não ensejaram punições.

A partir desses dados, observa-se que são pontuais os casos que caracterizam uma punição mais rigorosa da administração pública. Contudo, os efeitos gerados pelo desgaste processual não acabam com o fim do processo, o servidor punido, cessada sua punição, em grande parte dos casos voltará a laborar no mesmo ambiente de trabalho que gerou o litígio, com a mesma pessoa que o processou, e dentro das mesmas condições que trabalhava antes do processo, ressaltando que o clima no ambiente de trabalho estará comprometido, e isso poderá acarretar danos à Administração Pública e aos serviços prestados por aquele setor. Ou, caso deseje, submeter-se a um processo de transferência para um setor distinto, tendo que se adaptar às novas atividades do setor.

Por outro lado, se as partes tiverem a oportunidade de dialogar com a presença de um terceiro imparcial que facilite o diálogo entre ambos, o Processo Administrativo poderá ser evitado, furtando-se de todo desgaste processual e emocional, dos custos, e poderá ainda, atingir os interesses ocultos do processo, resolvendo, de fato, a lide, e permitindo que o ambiente de trabalho não seja comprometido.

4.2 Legislação

No tocante à legislação, as políticas públicas que incentivaram o uso da mediação no processo civil são bastante amplas e dão abertura para

que a mediação seja utilizada também no âmbito da Administração Pública. A Seção V, no Novo Código de Processo Civil (NCPC) trata dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, no parágrafo 3º do artigo 165 do NPCP, trata da função do mediador e diz que:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O vínculo citado pelo referido artigo, pode ser o vínculo oriundo de uma relação de trabalho, algo que no desempenho das funções aproximam as partes. E ainda, no final do artigo, trata do restabelecimento da comunicação, algo que será imprescindível durante e no término do processo, sob pena de comprometer o serviço público prestado pelas partes.

E ainda, o caput do artigo 175 do NCPC/15 fornece amplas condições da aplicação da mediação além do processo civil:

As disposições dessa seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Em outras palavras, as partes poderão escolher um terceiro imparcial para auxiliar na resolução da lide, a lei não exclui a possibilidade da utilização no âmbito da administração pública, entretanto, carece de apoio legislativo no tocante à produção de normas que atendam os anseios do serviço público, tendo em vista que deverão ser regulamentados por lei específica.

Nas disposições finais da Lei de Mediação Nº 13.140/15, o Parágrafo Único do artigo 42 dita que “A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”. E, o artigo subsequente o complementa quando fala sobre os conflitos entre particulares discorrendo que “Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolu-

ção de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas”.

Dessa forma, fica claro o apoio expresso que a lei oferece para tratar da mediação nos PAD's, entretanto, ainda carece de uma regulamentação específica que trate das condições e casos que poderão ser contemplados com a mediação, bem como os limites para ser aplicada. Pois, deve-se observar que os atos da administração pública, e dos servidores que a compõe deverão estar positivados sob pena de nulidade ou responsabilidade subsidiária.

4.3 Considerações sobre a proposta

A utilização da mediação ante o processo administrativo, transfere a figura de réu à posições paritárias em busca de um consenso, através de medidas direcionada às aplicações dos princípios que regem o direito administrativo. Ademais, tira o caráter punitivo do processo remetendo-o à uma função educativa, encontrando uma solução pacífica, fincada da pacificação social.

A Administração Pública deverá ser fiel aos princípios elencados na Constituição Federal, sob pena de ilicitude. O Princípio da Legalidade é o que determina que a atuação dos servidores públicos deverá estar positivada em lei, não podendo, portanto, criar obrigações, conceder direitos, restringir ou expandir a atuação dos administrados sem uma lei que o determine, dessa forma cabe atuação do ente legislativo para regulação das condutas dentro do serviço público.

Por outro lado, o Princípio da Eficiência enseja a qualidade do serviço público prestado, visando desburocratização, evitando desperdícios, promovendo a economia de gastos e atendendo aos anseios populares. Nesse sentido, é preferível uma resolução consensual à um procedimento administrativo, tendo em vista todos os benefícios elencados.

4.4 Exemplos pioneiros

A recomendação do CNJ de N° 21, de 2015, avançou nesse sentido, quando em seu primeiro artigo optou por:

Recomendar a adoção de mecanismos de conciliação e mediação nos procedimentos preliminares e **processos administrativos disciplinares** em trâmite **no âmbito do Poder Judiciário** cuja apuração se limite à prática de infrações, por servidores ou magistrados, caracterizados pelo seu reduzido potencial de lesividade a deveres funcionais e que se relacionem preponderantemente à esfera privada dos envolvidos (grifo nosso).

Trata-se de um cuidado especial com o uso da mediação para alçar parâmetros além do processo civil, nesse sentido, houve um avanço ao recomendar que a mediação fosse utilizada também nos processos administrativos disciplinares, entretanto restringiu ao âmbito do poder judiciário. Perfazendo a necessidade de ampliar o campo de ação da mediação, para que esta possa integrar as relações particulares dos servidores públicos, produzindo ganhos à administração e ao Direito como forma de acesso à justiça.

Além disso, alguns conselhos profissionais têm investido em câmaras de mediação para resolução de pequenos conflitos, é o exemplo dos Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (CREAS) de Minas Gerais e do Paraná, que busca solucionar os problemas como erro de construção e inadimplência contratual por meio da mediação, diminuindo a sobrecarga do judiciário com processos dessa mesma natureza.

5. Conclusão

Ante os fatos elencados, observa-se que o PAD, nesses casos, poderá não atingir a finalidade do processo, de resolução da lide, pacificação social, e restauração da ordem, poderá inclusive, ter consequências inversas, oriundas da litigiosidade processual e desgaste nas etapas do

processo, comprometendo o ambiente de trabalho e, por consequência, o serviço público prestado.

Hoje, a mediação como mecanismo de resolução de conflitos nos processos administrativos disciplinares não é permitida apenas por falta de dispositivo legal, entretanto, depreende dos argumentos apresentados que o legislador tem interesse na resolução dos conflitos administrativos através de procedimentos autocompositivos, ao permitir e propor que sejam criadas leis específicas que regulamentem a mediação em casos pontuais da administração pública.

Para tanto, faz-se necessário a provocação do ente legislativo para a apresentação de propostas que disciplinem as rédeas da mediação no PAD, consubstanciando validade aos atos a serem realizados e incentivando a cultura mediadora nas relações de trabalho, ensejando ganhos à administração pública, e ao serviço público prestado.

Referências

ANDRADE, Gustavo Henrique Baptista. *A mediação e os meios alternativos de resolução de conflitos*, 2012;

BRASIL, *Código de Processo Civil (2015)*, 3º edição, São Paulo, Saraiva, 2018;

BRASIL, *Lei nº13.140 de 16 de junho de 2015*. Diário Oficial da União, DF, 29 de junho de 2015, Seção 1, p 4;

BRASIL, *Lei nº2.112, de 11 de dezembro de 1990, o regime jurídico dos servidores públicos civis da união, das autarquias e das fundações públicas federais*, Brasília, DF, dez 1990;

BRASIL, *Recomendação Nº 21, de 2 de dezembro de 2015*. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, n. 219, 4 dez. 2015, p. 12-13;

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p 292;

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24;

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e Conciliação*, Rio de Janeiro, 2008;

LENZA, Vitor Barboza. *Cortes Arbitrais*. Goiás: Cultura e Qualidade, 1997, p. 37.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral da Mediação à luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Conflitos de direitos fundamentais

Biografias não autorizadas: invasão de privacidade ou liberdade de expressão?

*Maria Cecília Gatti*¹

*Marcos Cesar Botelho*²

1. Introdução

Depois de um longo histórico de leis restritivas, censuras e intervenções, a liberdade de expressão e de informação foi garantida por cláusula pétrea constitucional. Assim também, foi garantido legalmente aos brasileiros direito à privacidade - na Constituição Federal, Artigo 5º, inciso X - que assegurou ser invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Mesmo após suas garantias no ordenamento jurídico, tais direitos não se tornaram plenos e inquestionáveis, podendo ser discutidos e principalmente, relativizados. No caso de biografias não autorizadas, há relativização de ambos. Por um lado, a vida particular de uma pessoa pública é reduzida, tanto por conta de sua hiperexposição, quanto pelo interesse do grande público de conhecer seus ídolos e famosos. Por outro, a liberdade de expressão deve garantir que todos possam ter acesso às informações que lhe sejam de interesse, não sendo de fato necessário o conhecimento de aspectos íntimos da vida privada de outras pessoas.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, bolsista pela Fundação Araucária

² Doutor em Direito Constitucional no programa da Instituição Toledo de Ensino/Bauru-SP (2011). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (2008). É professor adjunto vinculado aos programas de mestrado e doutorado em ciências jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP).

O objetivo desse estudo é trazer à discussão o entendimento do STF na ADI 4815 e as consequências da permissão e da censura para o conhecimento cultural e histórico do país. Para isso, o estudo passa pelos direitos – onde estão no ordenamento jurídico brasileiro, quais são suas origens e aplicações –, pelos conflitos entre eles – casos conhecidos, justificativas e como foram tratados –, analisa a decisão do STF acerca da ADI sobre os artigos 20 e 21 do Código Civil – que exigiam autorização prévia – e conclui com um estudo dos efeitos na sociedade brasileira.

Para tanto, em um primeiro momento a pesquisa se preocupa em analisar a liberdade de expressão diante do ordenamento jurídico brasileiro, buscando uma compreensão sócio-jurídica do instituto.

Em segundo momento, se faz uma análise à privacidade, destacando já nesse momento as questões que se contraditam entre a liberdade de se expressar e a tutela à intimidade de cada ser.

Por fim, o embate traçado é analisado sob uma reflexão crítica da perspectiva trazida nas decisões judiciais, em especial aquelas proferidas pelo STF e sua influência diante das relações sociais.

2. Liberdade de expressão

Existem divergências doutrinárias sobre o nascimento da concepção de liberdade de expressão, sendo uma das suas origens apontada como o aparecimento da escrita, por meio da qual as informações passaram a ser repassadas para números maiores de pessoas. Tem-se como verdadeiro, entretanto, o grau de participação da burguesia europeia em sua evolução. Durante a reforma protestante, por exemplo, foi fundamental na difusão de bíblias, através da impressão e distribuição em massa. Com isso, ampliou o acesso ativo massivo à escrita, contribuindo para a emergência da burguesia como classe social e deslegitimando a aristocracia e o clero, que proibiam a leitura e interpretação da bíblia e outros livros. (COSTA, 2013 p.7-10)

Costa, (2013, pag. 12-14) ao analisar a liberdade de expressão, a apresenta como resultado de longo processo histórico e ideológico da burguesia e o capitalismo. Passando à uma percepção histórica, levanta que a preocupação com a liberdade começa à medida que a concepção política de Estado ultrapassa a influência da religião instituída. Traz como exemplo Atenas, onde os filósofos mais liberais defenderam a liberdade de opinião, reconhecendo que as pessoas poderiam discordar em relação à suas vidas e suas idades e expressar essa divergência. Momento notório de tal debate é a reflexão de Sócrates frente sua condenação: “(...) o maior bem para um homem é justamente este, falar todos os dias sobre virtude e os outros argumentos sobre os quais me ouviste raciocinar, examinando a mim mesmo e os outros, e, que uma vida sem esse exame não é digna de ser vivida”. (PLATÃO, 370 a.c.)

O significado de tal expressão, traz à tona sua finalidade, suas motivações e a quem se refere. É um direito fundamental do homem, presente na Constituição Federal e na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. A necessidade de sua garantia tornar-se, dia a dia, cada vez mais inquestionável.

O direito à liberdade de expressão é o princípio sob qual se baseia a publicidade de fatos que são de interesses de leitores de jornais, radiouvintes, telespectadores e internautas, caracterizando a circulação de informação e de ideias. (Anastasia, 2007 p.111)

Contudo, não é difícil deparar-se com momentos históricos em que a liberdade de expressão (tanto individual quanto de imprensa) é negada. Mais recente na história nacional, há a ditadura militar, que durou entre 1964 e 1985.

Os vários atos de repressão tornaram-se comuns, como: o impedimento à manifestações de oposição em espaços públicos, a censura de notícias em jornais e revistas e a punição aos opositores do regime.

A ditadura militar foi, entre tantos outros fatos notáveis da história do Brasil, o que mais manchou a biografia do nosso país. Este período é marcado pelo

despotismo, veto aos direitos estabelecidos pela constituição, opressão policial e militar, encarceramentos e suplício dos oponentes. A censura aos canais de informação e à produção cultural, ou seja, a editoração de livros, a produção cinematográfica e tudo que fosse referente à televisão, foi intensa, tudo era acompanhado muito de perto pelos censores do governo. O objetivo principal era passar à população a ideia de que o país se encontrava na mais perfeita ordem, os jornais foram calados, obrigados a publicarem desde poesias até receitas no lugar das verdadeiras atrocidades pelas quais o país passava. (SANTANA, 2015)

Há, também, exemplos internacionais de censura, como a Coreia do Norte, Síria, Irã, Cuba e China, que promovem uma seleção das informações a serem acessadas por seus cidadãos, além de comandar o meio político e jornalístico no país, atendendo às vontades do centro de poder.

No Brasil, ao final da Ditadura Militar e a promulgação da Constituição Federal de 1988, o intervencionismo estatal nas informações propagadas foi limitado, restituindo o pleno direito a todos e aos meios de comunicação. Como apresenta Silva (2012 p.38): “a Constituição brasileira 1988 abraçou os direitos humanos, consagrando-os, principalmente, na parte de direitos e garantias fundamentais, mas, também se faz presente em outros títulos da carta maior”.

Dessa forma, partindo-se do atual cenário jurídico brasileiro, ressalta-se a enorme importância de tal conquista para o próprio procedimento democrático, permitindo e legitimando os debates e expressões de opinião, individual e pública, entre diferentes visões de mundo e entendimento. (POTIGUAR, 2012, p.160)

Apresentada, portanto, a essência e a origem do direito, cabe, também, a apresentação dos limites jurídicos. Limites, esses, que não estavam claros anos atrás, sendo relativamente novo no meio jurídico. O mais característico ao tema de biografias não autorizadas são os artigos 20 e 21 do Código Civil, debatidos na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4816. O STF abordou ambos os artigos, avaliando sua constitucionalidade ou não, tendo decidido ao final que tal trecho deverá ser interpretado conforme a constituição, não sendo necessário, portan-

to, autorização prévia dos biografados ou seus familiares (em se tratando de morto ou ausente).

Os limites apresentados pelo STF visam a manutenção de um direito fundamental, sem conflito com outra norma, priorizando a liberdade individual e de imprensa, para a ampla veiculação de informações, dados e notícias. É apontado pelo voto do Ministro Celso de Mello:

O decano do STF afirmou que a garantia fundamental da liberdade de expressão é um direito contramajoritário, ou seja, o fato de uma ideia ser considerada errada por particulares ou pelas autoridades públicas não é argumento bastante para que sua veiculação seja condicionada à prévia autorização. O ministro assinalou que a Constituição Federal veda qualquer censura de natureza política, ideológica ou artística. Mas ressaltou que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, grupo social ou confessional não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão. “Não devemos retroceder nesse processo de conquista das liberdades democráticas. O peso da censura, ninguém o suporta”, afirmou o ministro. (STF, 2015)

Entretanto, mesmo com decisão pontual do STF, outros temas vão ao encontro dos limitantes para o que se fala, publica ou anuncia. Resta, portanto, o entendimento nesse primeiro momento, de que a censura prévia é vetada, independente da motivação do pedido.

3. Direito à privacidade

O direito à vida privada está presente em vários momentos do ordenamento jurídico Brasileiro. Presente primeiro na Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, no Código Civil de 2002.

Dentre as garantias fundamentais do indivíduo, albergadas constitucionalmente no art. 5º da Magna Carta, encontram-se positivados tais direitos, os quais, como direitos da personalidade, podem ser vislumbrados como elementos da integridade moral de cada ser humano.

O Código Civil de 2002 também se preocupou em tutelar o direito à privacidade, determinando a proteção à vida privada em seu artigo 21, in verbis: “A

vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (MORAIS, 2017)

Tal presença nas normas, visa a inviolabilidade da privacidade do indivíduo, que pode atuar em todos os aspectos de sua vida de forma a não ser exposto, preservando a intimidade. Em um mundo cada vez mais tecnológico, com alto nível de divulgação de atos e pensamentos, há a necessidade de resguardo, e esse deverá ser respeitado.

A esfera da inviolabilidade ao direito à privacidade, enfim, é ampla, pois “abrange o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim, as origens e planos futuros do indivíduo”. (MORAIS, 2017)

Está, também, presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo 12: “Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

Já o conceito de privacidade – e o direito à que é relacionado – pode ser resumido como proteção da esfera pessoal, permitindo a realização completa da personalidade humana. A necessidade de tal proteção, surge junto ao conflito entre indivíduo e sociedade. Segundo BASTOS (1995, p.63), a intimidade consiste no direito de cada indivíduo decidir sobre a intromissão de outros ou a divulgação de fatos de sua vida à público.

4. Dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana tem por objetivo garantir o bem-estar de todos os cidadãos, através de princípios e valores que obriguem que seus direitos sejam respeitados pelo Estado. Alguns dos direitos individuais e coletivos mais importantes para a garantia da dignidade são:

direito à vida; à segurança; à privacidade; igualdade entre homens e mulheres; liberdade de manifestar seu pensamento; liberdade de crença em sua religião. O dever de salvaguardar tais direitos é do Estado, que deve promover sua proteção e garantir a dignidade a todos.

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a cada ser humano, e que na qualidade de princípio fundamental possui como principal característica o fato de serem elemento e medida dos direitos fundamentais. Deste modo, observa-se que em regra a violação a um dos direitos fundamentais à privacidade estará sempre vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa impõe limites ao poder estatal, visando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas igualmente implica em que este mesmo Estado venha a promover a proteção e promoção de uma vida com dignidade para todos. (RAMOS, 2011, pag. 2)

Tem, como características principais ser irrenunciável e inalienável, ou seja, não pode se retirar a dignidade de alguém e muito menos ser renunciada.

A dignidade é qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. A dignidade não está apenas onde é reconhecida pelo Direito, constituindo-se dado prévio a ele, sendo que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana. Lembra, ainda, que se trata de princípio constitucional de maior hierarquia axiológica e que engloba necessariamente o respeito e proteção da integridade física e psíquica que assume particular relevância em tempos de globalização, privatização, e incremento dos níveis de exclusão. Alerta, contudo, que o princípio não pode ser visto no sentido de que tudo o que consta do texto constitucional ser reconduzido ao valor da dignidade, sob pena da sua banalização (SARLET, 2002 P.143).

Tal conceito jurídico está acima de toda ordem jurídica, devendo ser protegida e concebida mesmo não estando presente no ordenamento,

por ter um objetivo comum de convivência em sociedade e legitimação das mais básicas necessidades humanas, como cita Sampaio: “Em virtude disso, os direitos fundamentais têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade.” (SAMPAIO, 2006, P. 35) e reafirmado por Rocha, Mendes e Alexy:

Pode-se afirmar que, mesmo se um dado sistema normativo não concebesse, em sua expressão, a dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, ela continuaria a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica. Mais ainda: pode-se mesmo acentuar que a dignidade da pessoa humana contém explícita em todo o sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão afirmativa e direta tal como agora concebidos, aceitos e interpretados, aqueles partem do homem e para ele convergem e a pessoa humana e a sua dignidade não são concebidos como categorias jurídicas distintas. Logo, onde aquela é considerada direito fundamental, tida como centro de direitos, igualmente essa é aceita como base de todo o ordenamento jurídico e incluído como pólo central emanador de conseqüências jurídicas (ROCHA, 1999).

No Brasil, apontando-se mais diretamente a Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana se faz presente tanto em sua construção geral, como em artigos específicos que dão garantias, tendo como exemplos, no artigo 5º, os incisos III (não submissão a tortura), VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença), VIII (não privação de direitos por motivo de crença ou convicção), X (inviolabilidade da vida privada, honra e imagem), XI (inviolabilidade de domicílio), XII (inviolabilidade do sigilo de correspondência), XLVII (vedação de penas indignas), XLIX (proteção da integridade do preso).

Não há, infelizmente, como se alegar que a plenitude dos direitos garantidos e previstos na constituição é cumprida de forma eficiente pelo estado, valendo-se de diversos graus de sua realização. Tal realidade não é traçada apenas pela falta do legislativo e judiciário, mas também por conflitos entre as normas que podem acontecer, merecendo maior aten-

ção – e com isso, processos mais longos de avaliação e decisão – e retardando o processo de concretização.

5. O conflito

Após elucidar-se ambos os direitos, mostrar suas presenças no ordenamento jurídico brasileiro, suas limitações e funcionalidades, cabe apresentar o choque jurídico entre as garantias fundamentais, de forma ampla e abrangente. Frente à colisão de direitos, deve-se sempre prezar para que nenhum deles seja completamente anulado ou cancelado, mas pautar-se na possibilidade de uma harmonização. “[...] deve-se lançar mão do princípio da harmonização ou da concordância prática, no qual a solução adotada pelo processo da hermenêutica deve otimizar a realização dos direitos sem acarretar negação de nenhum” (PIRES, 2011)

Já em se tratando de uma análise mais próxima e direta ao tema abordado, o estudo dos fatos a serem abordados publicamente, permitindo ou não a invasão da vida privada do retratado, Nelson Rosenvald apresenta de forma mais aprofundada:

Ainda em relação à liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa (direito de comunicação social), constitucionalmente asseguradas, surge o interessante questionamento a respeito da publicação de biografias não autorizadas de pessoas públicas.

Pois bem, em se tratando de fatos notórios, que despertam o interesse da coletividade (ou, pelo menos, de setores dela), envolvendo a vida privada de pessoas por conta da liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa – que são valores jurídicos afirmados constitucionalmente.

Isso porque entendemos que as latitudes e longitudes da liberdade de imprensa, contemplada no Texto Magno, abrange não apenas o direito de informar, mas na mesma magnitude, o direito de ser informado. Notícias sobre acontecimentos envolvem um processo cultural de informação e de conhecimento, contribuindo decisivamente para evolução da sociedade. A própria conotação do vocábulo livre diz respeito ao que “forma” e ao que “informa”, contribuindo para o pensamento (livre), a produção intelectual, artística e científica (livre) sirvam como fonte de conhecimento. (Rosenvald, 2009)

No Brasil, inúmeros casos de longuíssimos processos judiciais podem ser apresentados, entretanto, casos mais conhecidos, de pessoas famosas que tiveram sua vida de alguma forma afetada, são os mais mostrados pela mídia.

O primeiro a ser apresentado, com participação na ADI 4815, é o do cantor e compositor Roberto Carlos, que tem sua vida contada no livro não autorizado *Detalhes*, do jornalista e historiador Paulo César. Lançado em 2006, a obra foi recolhida das livrarias após ação do cantor, que alegou invasão de privacidade.

Outro caso semelhante foi o de Manuel Francisco dos Santos, conhecido como Garrincha, que teve sua história contada no livro *Estrela solitária, um brasileiro chamado Garrincha*, lançado em 1995 pelo jornalista e biógrafo Ruy Castro. As filhas do atleta processaram a editora, alegando violação do direito de imagem, do nome, da intimidade, da vida privada e da honra paterna.

Por fim Paulo Leminski, morto em 1989, que teve duas biografias não autorizadas lançadas em seu nome. A primeira, *O bandido que sabia Latim*, foi proibido de ir às livrarias em sua quarta edição, tendo as herdeiras alegado que essa reedição em específico, sofreu alterações que não haviam sido comunicadas a elas, detalhando o suicídio do irmão de Paulo, Pedro Leminski. A segunda, *Passeando por Paulo Leminski*, de Domingos Pellegrini nunca chegou a ser publicado, sob a alegação de que tal obra criava uma imagem negativa do falecido.

Todos os exemplos citados acima, culminaram em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade em junho de 2015, tendo como requerente a ANEL – Associação Nacional dos Editores de Livros – e como relatora a Ministra Carmem Lúcia. Tem como principais pontos: a interpretação dos arts. 20 e 12 do Código Civil; a proibição constitucional à censura; o direito de informação, contendo a liberdade de informar, de se informar e de ser informado, participando da formação da opinião pública; a autorização prévia para biografia como censura prévia particular.

Os ministros, por unanimidade, deram por procedente o pedido, sem redução de texto. A autora da ação levanta alguns pontos de argumentação, apresentados pela relatora. Primeiro, alega que por meio dos artigos 20 e 21 do Código Civil, a publicação e veiculação de obras biográficas – literárias e visuais – vêm sendo proibidas, por não possuírem prévia autorização dos retratados ou de coadjuvantes. A seguir, coloca que pessoas com trajetória relevante para a história nacional, gozam de uma menor privacidade e intimidade, e por isso, a prévia autorização seria uma censura à liberdade de expressão dos autores:

as pessoas cuja trajetória pessoal, profissional, artística, esportiva ou política, haja tomado dimensão pública, gozam de uma esfera de privacidade e intimidade naturalmente mais estreita. Sua história de vida passa a confundir-se com a história coletiva, na medida da sua inserção em eventos de interesse público. Daí que exigir a prévia autorização do biografado (ou de seus familiares, em caso de pessoa falecida) importa consagrar uma verdadeira censura privada à liberdade de expressão dos autores, historiadores e artistas em geral, e ao direito à informação de todos os cidadãos(STF, 2015).

Tal assunto já fora abordado, também, em acórdão de 2011, em São Paulo, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, em decisão sobre as críticas dirigidas em redes sociais às pessoas públicas, onde o ministro, em seu voto, aposta que “por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos da personalidade”. (BRASIL, 2011)

Afirma a autora da ADI que a necessidade de autorização prévia criou um mercado paralelo de direitos, onde os valores, em maioria exorbitantes, travam a produção bibliográfica. “Não se trata da proteção de qualquer direito da personalidade do biografado, mas de uma disputa puramente mercantil, um verdadeiro leilão da história pessoal de vultos históricos, conduzido, muitas vezes, por parentes que jamais os conheceram”. (STF, 2015). Tal tipo de atitude não só prejudica a cultura e o senso histórico brasileiro, como afeta financeiramente editoras, escritores e toda a cadeia de comércio de tal gênero literário.

Destaca que a necessidade de autorização fere o pluralismo previsto na Constituição. “O princípio do pluralismo (político, histórico e cultural), previsto no art. 10, inciso V, da Constituição da República, também incide, na espécie, para afastar a necessidade da prévia autorização do biografado ou de outras pessoas retratadas em obras biográficas. (STF, 2015). Pede por fim, a suspensão cautelar da interpretação dos artigos alvos da ADI e a suspensão até o final da ação, de todos os processos em que se discuta a publicação de obras não autorizadas e as decisões judiciais que tenham proibido a produção ou circulação delas.

Foram admitidos como amicus curiae, O Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro – IHGB, a ARTIGO 19 BRASIL, a Academia Brasileira de Letras – ABL, a Associação Eduardo Banks, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB, o Instituto dos Advogados de São Paulo e o Instituto Amigo.

A Academia Brasileira de Letras argumentou que biografia é mais que gênero literário, é também fonte histórica, permitindo que se conheça a vida dos antepassados de todas as sociedades, fundamental para a construção do futuro e configuração da identidade cultural do país.

Seriam abertas portas para a instalação de censura à imprensa (possibilidade de incidir sobre jornais, revistas, televisão e demais meios de comunicação de massa, visto que a redação dos artigos cuja constitucionalidade se questiona em momento algum se refere especificamente a livros). (STF, 2015)

O Sindicato Interestadual da Indústria Audio Visual argumenta que “não se estaria a defender a *“jusfundamentalidade da fofoca”*, a *“jusfundamentalidade da mentira”* ou da propaganda subliminar. “ (STF, 2015) e que para tais fatos, existem inúmeras possibilidades de resolução, como segunda versão dos fatos, direito de resposta, busca por indenização financeira na Justiça ou busca de reparação na esfera criminal. Termina, alegando que por mais que as medidas apresentadas possam vir a ser severas, antes penosas do que prévias.

O Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional pauta seu acordo na existência de inúmeras biografias de personagens internacionais – John Kennedy, Evita Perón, Steve Jobs – sem autorização do retratado ou sua família e também na Convenção Americana dos Direitos Humanos, onde está registrado que vedada a censura prévia, tendo portanto a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, além de ressaltar que há responsabilidades ulteriores para assegurar o respeito aos direitos individuais e a segurança nacional. (COSTA RICA, 1969)

6. STF e suas jurisprudências

A ministra Carmem Lúcia, em seu voto, toma por prioridade diferenciar os direitos de liberdade de expressão, direito à intimidade e direito à privacidade, separação necessária para entendimento pleno da linha de raciocínio proposto. Após isso, julga necessário, também, diferenciar a liberdade de expressão e o direito à essa liberdade, sendo a primeira, estado inato do homem, de sua existência em sua sociedade e o último, a norma explícita que visa salvaguardar essa condição natura. Parte, após isso, à exposição de outras fontes históricas do direito à liberdade de expressão, citando a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão – fruto da revolução francesa -, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, 1948 -, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – ONU, internalizado no Brasil em 1992 -, a Convenção Americana de Direitos Humanos – vigorando internacionalmente desde 1978 e no Brasil, ratificada em 1992 -, a Convenção Europeia de Direitos Humanos – adotada pelo Conselho da Europa em 1953-, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos – de 1986 -, e a Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia – de 2000 -.

Em meio as argumentações utilizadas, passa a analisar os documentos oficiais brasileiros que possuem tal direcionamento, citando: A primeira constituição – a Carta de Lei de 25 de março de 1824, a Consti-

tuição do império -; A Constituição de 1891; A Constituição de 1934; A Constituição de 1937; A Constituição de 1946, alterada em aspectos pelo Ato Institucional nº 2; A Constituição de 1967; A Constituição de 1988.

O Brasil nunca teve carência de bons, às vezes ótimos, textos constitucionais e legais. Ressentiu-se de dar a eles cumprimento integral, para que a confiança de sua efetividade jurídica garantisse ao regime democrático a segurança jurídica dos cidadãos, finalidade estatal e social a se cumprir. (STF, 2015)

Analisa, em meio aos outros documentos, os atos institucionais que promoveram a alteração do direito de expressão durante a Ditadura Militar no Brasil, momento em que a censura ocorria em diferentes aspectos da sociedade. Culturalmente, a censura se deu a movimentos artísticos, letras de músicas e programas de televisão. Politicamente, exercida de forma extremamente agressiva, impedia a proliferação de ideias contrárias ao regime. (CARVALHO, 2014)

Passa a analisar, então, a realidade desse controle, levando-nos a entender a realidade da censura, os momentos históricos onde foi possível detectar seu exercício claro e que tal conduta pode ser tomada tanto por Estados – chamado, pela ministra, de comum em regimes autoritários ou totalitários – quanto por particulares, citando o *Index Librorum Prohibitoru*, que proibia a leitura de certas publicações, que iriam contra as políticas e crenças da Igreja Católica.

“A proibição da censura é um dos aspectos centrais da liberdade de expressão. É natural a inclinação dos regimes autoritários em censurar a difusão de ideias e informações que não convêm aos governantes. Mas, mesmo fora das ditaduras, a sociedade muitas vezes reage contra posições que questionem os seus valores mais encarecidos e sedimentados, e daí pode surgir a pretensão das maiorias de silenciar os dissidentes. O constituinte brasileiro foi muito firme nesta matéria, ao proibir peremptoriamente a censura. (...)”

Um conceito ainda mais amplo de censura envolve os atos judiciais, que, em linha de princípio, também não podem proibir a comunicação de mensagens e informações ou a circulação de obras. Porém, aqui já não é mais possível falar numa vedação absoluta, mas apenas numa forte presun-

ção de inconstitucionalidade das medidas judiciais que impliquem neste tipo de restrição à liberdade de expressão. É que, não sendo a liberdade de expressão um direito absoluto, em algumas hipóteses extremas pode ser admissível a proibição de manifestações que atentem gravemente contra outros bens jurídicos constitucionalmente protegido.” (SARMENTO, 2013, p.275. Grifo nosso)

Caminha, então, para a explicação sobre o direito de informação, também direito constitucionalmente garantido como fundamental, explicando que “(...) o direito constitucionalmente garantido contempla a liberdade de informar, de se informar e de ser informado”(STF, 2015 p.86), sendo, portanto, a liberdade de transmitir a informação – dados relevantes, públicos-estatais e públicos-sociais, de interesse do cidadão -, o de ser informado – e assim gerar sua própria análise crítica, seu estudo político e tomar posse das informações que lhe convenham- e o de informar-se – com o intuito de que cada um possa buscar um dado que queira sem censura sobre qualquer fonte. “O direito fundamental constitucionalmente assegurado compreende a busca, o acesso, o recebimento, a divulgação, a exposição de dados, pensamentos, formulações” (STF, 2015, p.87).

“A inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem constitui direito, cuja contrariedade acarreta apenação do autor da lesão: a indenização pelo dano material ou moral. “ (STF, 2015 p.95). A relatora, em seu quinto capítulo, passa a fazer estudo sobre o direito à privacidade e à intimidade.

Inicia apresentando a diferença entre os dos dispositivos legais e as características históricas, no Brasil:

Ainda que implícito nas Constituições anteriores, a tutela ao direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem foi relegada ao ordenamento infraconstitucional, pela tipificação dos crimes contra a honra, constantes do Código Penal Brasileiro de 1940, no Capítulo V, arts. 138 a 145, e, posteriormente, pelo direito privado, como espécie de direito de personalidade.

A constitucionalização expressa da inviolabilidade do direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem é recente, por isso remanescem dificuldades

na aceitação como direitos fundamentais opostos não apenas ao agir estatal, mas também aos particulares. (STF, 2015, p.102)

Segue, após, a análise histórica e social dos direitos fundamentais, apresenta decisões anteriores do STF, trazendo textos de juristas e normas jurídicas para comparação e embasamento. Conclui julgando por procedente a ADI.

O Ministro Luis Roberto Barroso começa seu voto abordando a controvérsia constitucional apresentada, citando trecho do pedido da autora – a Associação Nacional dos Editores de Livros – e suas alegações. Apresenta, de forma breve, os dois direitos conflituosos e suas garantias. Segundo Barroso, tal indisposição das normas se deve à impossibilidade de hierarquizar os direitos fundamentais, seja de forma rígida ou abstrata. Isso se deve ao princípio da unidade da Constituição, não permitindo hierarquia jurídica ou formal entre as normas constitucionais. Aponta que “ nesses casos, a solução de episódios de conflito deverá ser sempre apurada diante do caso concreto e a partir do teste da proporcionalidade. “ (STF, 2015 p.158) e que no caso concreto dos dispositivos do código civil questionados, há clara sobreposição de um direito ao outro, fato não permitido no ordenamento jurídico e, portanto, incorreto.

Por outro lado, há atribuição de proteção privilegiada à liberdade de expressão, sendo chamada de proteção *prima facie*, fato ignorada nos artigos questionados. Esse privilégio tem sua explicação e razão de ser, pautado em cinco fundamentos principais, sendo: A função essencial que a liberdade de expressão desempenha para a democracia, com seu fluxo de informação extremamente necessário para as instâncias de tomadas de decisões em um governo democrático; A própria dignidade humana, embasada no livre desenvolvimento da personalidade humana, que por natureza traz consigo o amplo debate de ideias, exposição de opiniões e visões de mundo; A livre discussão e contraposição de ideias como caminho para a busca da verdade, de forma coletiva, através de controvérsias e colisão de opiniões; Função instrumental para o exercício e pleno gozo dos demais direitos fundamentais, permitindo apresentar descontenta-

mento, a ausência de um direito fundamental ou negligência; A preservação da cultura e história da sociedade, através da comunicação se dá a construção histórica e patrimônio cultural de uma nação. Além das citada, há também o trauma recente na memória brasileira pós-ditadura militar. (STF, 2015)

Além da atribuição apresentada acima, pondera também sobre três presunções que poderiam ser feitas em favor do direito à liberdade de expressão. A primeira se funda na ideia de que as possíveis colisões, devem ser sempre resolvidas de forma que sejam em favor da livre circulação de ideias e informações. A segunda, se refere à suspeição de todas as medidas – legais, administrativas, judiciais ou mesmo privadas – que limitem a liberdade de expressão. E por último, a proibição da censura, e por consequência, da primazia das responsabilidades posteriores pelo exercício eventualmente abusivo da liberdade de expressão. (STF, 2015).

Passa, após estes esclarecimentos, a fazer um estudo sobre os efeitos causados pela necessidade de autorizações para biografias. “Exigir a necessidade de autorização prévia do biografado (ou de seus familiares) para a produção e publicação de biografias, tem produzido efeitos perniciosos sobre o gênero literário e, por consequência, sobre a própria liberdade de expressão no Brasil” (STF, 2015). Inicia pontuando os resultados produzidos por tais atitudes, sendo: desestímulo à produção de obras; a supressão ou alteração dos fatos apresentados como partes da vida do biografado; por fim, a alteração da memória cultural coletiva.

Em continuidade, pesa o valor da liberdade de expressão em sociedade, seja para críticas, - comentários, apontamentos, escritos – bons ou ruins, garantindo assim, o pluralismo. Avalia, também, o grau de intimidade dado àquele que é pessoa pública, pelo grau de exposição ao que se submete e ao interesse público na divulgação de suas ações e pensamentos. Conclui o voto dando provimento ao pedido.

A ministra Rosa Weber começa seu voto reconhecendo a legitimidade da ação. Passa, então, a discorrer sobre as biografias, como origem e

função social, instigando à sociedade a reflexão, o conhecimento de sua cultura. Dando seguimento, analisa a diferença entre o direito à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, alegando que, por vezes, a escrita biográfica é também um trabalho jornalístico e que “O **núcleo essencial e irreduzível** do direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento compreende não apenas os direitos de **informar e ser informado**, mas também os direitos de **ter e emitir opiniões** e de **fazer críticas**.” (STF, 2015)

Após apresentar os diferentes aspectos sobre ambas as liberdades, suas consequências, meios de utilização e agentes, conclui ser equivocada a permissão de uma censura prévia, que, além de ir contra preceitos constitucionais, ainda “equivale a verdadeira destruição desse gênero literário, com potenciais reflexos desastrosos para o desenvolvimento das ciências, em especial da história [...]” (STF, 2015). Vota, por fim, julgando procedente a ação.

O ministro Luiz Fux, ao contrário de seus colegas, inicia seu voto delimitando o caso a ser analisado. “Temos que adotar aqui uma posição minimalista em relação ao tema *in judicando*. O que se discute aqui é apenas a questão da censura prévia nas biografias.” (STF, 2015) Colocando, portanto, que todas as outras expansões do assunto não são o foco do processo e do julgamento do STF. Defende, em seguida, que o grande público tem o direito de saber se está certo em admirar a pessoa pública, conhecendo seus aspectos de vida, atitudes e fatos relevantes, sendo fator fundamental para a memória e identidade cultural de toda a sociedade, além de ser base necessária para a manutenção da democracia.

Assegura, então, que o papel da justiça é garantir que toda e qualquer opinião seja ouvida e não censurada, que inclusive ideias vistas como erradas ou contrárias à visão da maioria possam ser amplamente divulgadas. Além disso, aponta, a Constituição Federal garante a dignidade da pessoa humana – com isso, o direito à privacidade –, abordando a pessoa natural, e não abrangendo aquelas que possuem notoriedade: “Note-se que, na medida em que cresce a notoriedade da pessoa, diminui

a sua reserva de privacidade. “(STF, 2015). Já ao abordar a comunicação social, nega a censura em qualquer caso na propagação de informações e isso, por si só, demonstraria a abordagem errada presente no Código Civil. Julga, portanto, como procedente.

O ministro Dias Toffolice começa seu voto explicando e apresentando exemplos que tornem palpável a existência dos artigos questionados na ADI, como o caso de uma modelo que tenha sua imagem utilizada sem autorização, uma reportagem que desfavoreça uma pessoa e casos onde sua vida privada e honra podem ser afetados. Apresentando sempre a possibilidade de uma indenização, comprovado o dano. Passa, então, a verificar as possíveis resultantes. Se por um lado a biografia é um gênero literário de extrema importância e com grande valor histórico e cultural, também constitui relato com aspectos da vida privada da pessoa pesquisada. Devendo ser levado em consideração o prejuízo à formação de memória social a eventual proibição desse gênero. (STF, 2015)

Prossegue apresentando inúmeras características históricas relevantes das biografias. “As biografias desempenharam, ainda, relevante papel na construção da ideia de nação, através da imortalização de personagens, símbolos, tradições populares e etc.” (STF 2015). E sua relevância crescente para a atualidade, seja no Brasil ou fora. “ A biografia é um gênero literário que traz à tona coisa do passado de uma trajetória individual, independente de quem a escreve. “ (STF, 2015). E, portanto, deve-se reconhecer sua importância para a construção cultural, política e social do país. Desenvolve, do pensamento anterior, que a necessidade de autorização prévia desestimula essa arte, além de não facilitar a existência do gênero literário, tendo em vista que sempre haverá corte de parte possivelmente relevante ao conhecimento da vida do biografado ou um ou mais coadjuvantes ou familiares querendo seus pontos de vista como realidades a serem escritas. Além disso, a autorização prévia configuraria também uma quebra da liberdade de manifestação de pensamento e de expressão intelectual prevista na Carta Magna.

Veja-se, pois, que a exigência, de forma geral e abstrata, de autorização do biografado para a publicação de obra biográfica traria uma série de consequências negativas para a produção biográfica no Brasil, interferindo não só na quantidade de obras dessa natureza circulando no mercado, as quais possuem inegável valor histórico e cultural, como na fidedignidade desses relatos. (STF, 2015)

Nesse quadro, nota-se que um dos aspectos centrais do direito fundamental à liberdade de expressão – aspecto esse que deve ser reforçado tanto mais democrática for dada sociedade – é, que, *como regra geral*, não são admitidas restrições prévias ao exercício dessa liberdade. (STF, 2015)

Aponta, então, que tal discussão já fora abordada na ADI 2404. Que a discussão de liberdade de expressão em conflito com os direitos fundamentais é resolvida pela própria Constituição, “o artigo 21, inciso XVI, da CF/88, confere à União competência exclusiva de “exercer a classificação, para **efeito indicativo**, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão” (STF, 2015). Vota, assim, pela procedência.

O ministro Marco Aurélio inicia apresentando-se como fiel defensor da liberdade de expressão. Destaca a diferença entre biografia e publicidade, sendo a primeira o real estudo da vida de uma personalidade destacável da realidade do país, afim de apresentar detalhes de sua história para o público em geral. Já a publicidade seria escrever sobre alguém por meio de encomenda, com assuntos a serem abordados sob autorização, e não o filtro da real relevância do assunto para a construção do documento. Conclui seu breve voto alegando que para ele biografia é sinônimo de memória para o país, que o interesse coletivo deve ter preferência sobre o interesse individual e julgando por procedente.

7. Considerações finais

As biografias, como bem apresentado pelos ministros em seus votos, não é mera discussão de gênero literário. É, também, fator essencial para o desenvolvimento e conhecimento da memória nacional em todos os seus aspectos. O conhecimento das pessoas públicas – políticos, heróis,

jogadores, cantores – gera identificação com a nação em que se está, garante o pensamento crítico baseado em fatos do passado e a explicação de períodos históricos que já passaram.

O confinamento da atividade intelectual do biógrafo à mera divulgação de panfletos autorizados pelo biografado equivale a verdadeira destruição desse gênero literário, com potenciais reflexos desastrosos para o desenvolvimento das ciências, em especial para o estudo da história, das ciências sociais, da antropologia e da filosofia. Enquanto no restante do mundo democrático continuarão a ser escritas biografias, no Brasil só haverá hagiografias.

(...) Gostamos de apontar causas exógenas para justificar o nosso relativo estado de atraso cultural, social e econômico em relação a outras nações, mas não vemos que **as próprias instituições que adotamos para regular a sociedade frequentemente são as responsáveis por moldar um ambiente social e político inóspito ao florescimento e desenvolvimento do conhecimento, das ciências e das artes.** (STF, 2015, Grifo do autor)

Ao se analisar de forma ampla a transmissão da vida e dos feitos de um protagonista, leva-nos a pensar e refletir sobre aspectos tão reais e não tão presentes diretamente em nossa vivência do dia a dia. Não se focando apenas em biografias escritas, mas também em filmes e documentários que tragam as sensações, decisões e vida de um personagem que pode nos inspirar ou nos fazer pensar.

Incentivando-se a escrita e pesquisa, ajuda-se a narrar a história de um povo. Não se permite que a história seja contada da forma que mais convém, mas sim, através de uma série de momentos que culminaram em algum acontecimento. Atitude essa não vista no Brasil até o fim da ADI, apresentada pelo pesquisador em 2013 como “de fato, entre nós, o roteiro ou manuscrito de um livro promissor vai parar no departamento jurídico de emissoras e editoras, antes mesmo de ser avaliado em seu mérito literário, artístico e científico.” (ARAUJO, 2013).

8. Conclusão

O gênero literário abordado não é apenas forma de leitura e descontração, entretenimento básico. É também fator essencial para a criação e o desenvolvimento da identidade social, cultural e histórica de um país. Através da transmissão da vida e obra de pessoas públicas em geral, políticos, artistas, músicos, líderes regionais, explicam-se fatos relevantes da história de uma nação, através da visão e da participação do biografado.

Após inúmeros casos e embates judiciais, a decisão tomada pelo STF salvaguarda o direito a esse processo de construção da sociedade. Antes de 2015, escrever biografias era não só um trabalho, mas também uma cruzada jurídica. Uma sequência de impedimentos, faltas de autorizações e processos, que culminavam normalmente na desistência do autor ou na proibição de circulação da obra.

Após a ADI, entretanto, o Brasil abre os braços para que a memória nacional chegue às livrarias, aos cinemas, à televisão, abrindo os olhos da sociedade para os verdadeiros heróis de nossa história.

Referências

ARAÚJO, Marcelo de. **Biografias não autorizadas: a quem pertence a memória nacional?**. O Flu Revista, Niterói, n.253, 8 setembro de 2013, p.34

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 63. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão nº 690841. Relator: Ministro Celso de Mello. São Paulo, SP, 21 de junho de 2011. **Ag.reg.no Agravo de Instrumento**: AI 690841 AgR / SP - SÃO PAULO. São Paulo,.

CARVALHO, Lucas Borges de. **A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias**. Revista da faculdade de direito - UFPR, Curitiba, vol 59, n.1, p. 79-100. Disponível em <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/36349/22401>> Acesso em 21de março de 2019.

COSTA RICA. **Convenção americana sobre direitos humanos**. 22 de novembro de 1969.

COSTA, Maria Cristina Castilho. **Liberdade de expressão como direito – História e Atualidade**. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/nhengatu/article/view/34174/23475>> Acesso em: 28 de agosto de 2018

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, Ney. **Estudo de Direito**: Coletânea de artigo vol.1. 1ª Ed. São Luiz: NS Editor, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, 34ª edição, 2011.

PLATÃO. **Apologia de Sócrates**. 370 a.c. Disponível em: <<https://www.livros-digitais.com/platao/apologia-de-socrates/sinopse>> Acesso em 12 de março de 2019.

PIRES, Máisa Rezende. **O equilíbrio necessário para que a liberdade de expressão coexista com outros direitos**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10790> Acesso em 02 de setembro de 2018

RAMOS, Cristina M. **O direito fundamental à intimidade e à vida privada**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-fundamental-%C3%A0-intimidade-e-%C3%A0-vida-privada>>. Acessado em: 26 de outubro de 2018.

SARMENTO, Daniel. **“Art. 50, IX”**. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275).

STF, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4815**. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>> Acesso em 20 de agosto de 2018

Proselitismo religioso: um estudo comparativo de julgados dos tribunais regionais federais

*Bianca Petri da Silva*¹

1. Introdução

A liberdade de expressão religiosa se constitui como uma das primeiras liberdades a ser assegurada nas declarações de direitos, assim como também foi uma das primeiras “a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos” (SARLET, 2015).

O proselitismo religioso, aqui entendido como intento de converter alguém a uma determinada religião, foi uma das formas que as religiões encontraram para angariar novos fiéis. Nesse sentido, é permitido que determinada religião confronte os seus ensinamentos com o de outras, demonstrando a veracidade (ou não) de seus preceitos.

Ocorre que, por vezes, essas manifestações acontecem de maneira mais agressiva, gerando insatisfação por parte daquelas religiões que foram insultadas. Essas ao entenderem que seus direitos foram atacados, recorrem ao Poder Judiciário como forma de tentar proteger o seu direito à liberdade religiosa.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), participante do grupo de pesquisa intitulado “Observatório Permanente de Discurso de Ódio na Internet”. biancapetri95@gmail.com.

Nesse sentido, acerca dos limites que podem ser aplicados à liberdade de expressão religiosa, que se manifesta através de atos como, por exemplo, o proselitismo religioso, é do que se trata o presente artigo. Conforme consta na sequência, o trabalho está dividido em dois tópicos principais: na primeira parte se analisou evolução histórico-jurídica da liberdade religiosa, tanto em contexto nacional, quanto internacional. Já, no segundo item investigou-se se existem artigos constitucionais que permitem restringir à liberdade de expressão religiosa diante de atos discriminatórios a outras religiões.

2. A evolução histórico-jurídica da liberdade de pensamento e expressão nas normas jurídicas brasileiras

O desenvolvimento religioso foi registrado em diversos momentos da história, sendo difícil precisar exatamente quando surgiu a primeira religião e como se iniciou o afloramento dessas manifestações. Diversos pesquisadores já se debruçaram sobre o questionamento de como se definir “religião”, não havendo um consenso entre eles. Porém, atualmente, predomina-se “a ideia de que a religião é um elemento independente, ligado ao elemento social e ao elemento psicológico, mas que tem sua própria estrutura” (GAARDER; HELLERN; NOTAKER, 2005).

Nesse sentido, o nascimento do cristianismo foi um fato marcante para a discussão sobre liberdade religiosa. Com o seu surgimento na Palestina, em meio a um contexto político de conflito entre a população e o Império Romano, as primeiras manifestações cristãs foram fortemente reprimidas, por não aceitarem a divindade imperial. Porém, o cristianismo foi ganhando cada vez mais adeptos, inclusive da parcela rica do Império, até o momento em que foi oficializada nos territórios romanos (SALOMÃO, 2014).

Assim, ao se tornar a religião oficial do Império Romano, o cristianismo serviu de fundamento e concedeu legitimidade para os poderes políticos imperiais, os quais, em troca, ofereceram o seu aparato repres-

sivo para perseguir os hereges. As crenças, como as pagãs e as que dissociavam da ortodoxia dominante, não deveriam ser toleradas, porém, no decorrer do século XV e seguintes, novas crenças religiosas cristãs surgiram (SANTOS, 2012, p. 24).

Ainda segundo Milene Cristina Santos (2012, p. 25), esse movimento de ruptura de dogmas da doutrina católica romana, recebeu a denominação de Reforma Protestante, gerando diversos entraves não só em relação à disputa entre as confissões religiosas, mas também acerca da legitimidade dos poderes políticos.

A Reforma constituía uma tremenda ruptura, que dividiu a Europa em dois campos hostis. Protestantes e católicos se perseguiram mutuamente na Inglaterra enfrentaram-se numa guerra civil na França (1562-63), onde os protestantes foram massacrados em 1572. A Guerra dos Trinta Anos (1618-48) devastara a Europa, envolvendo uma nação após outra numa luta pelo poder com uma forte dimensão religiosa que aniquilou qualquer esperança de um continente reunificado (ARMSTRONG, 2001, p. 70).

Percebe-se que, nesse período, não se cogitava tratar sobre liberdade religiosa, pelo contrário, a liberdade de crença era caracterizada como crime de lesa-religião. Foi apenas com a Revolução Americana que o termo “liberdade religiosa” apareceu pela primeira vez em uma legislação (SCAMPINI, 1974, p. 77). Conforme consta na Declaração de Direitos de Virgínia, do ano de 1776, em seu artigo 16: “[...] todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência”(FERREIRA, 1978).

Outros autores entendem que foi com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que a liberdade religiosa alcançou seu reconhecimento público, a qual prescreve em seu artigo 10: “ninguém deve ser molestado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”(FERREIRA, 1978b).

Porém, é importante ressaltar que o processo de laicização dos Estados não ocorreu em todos os países no mesmo momento histórico, por

exemplo, nos Estados Unidos, conforme ressaltado acima, a laicização se deu rapidamente com a consagração da separação entre o Estado e as igrejas na primeira emenda de 1791 (RANQUETAT JR., 2008, p. 05-06).

Já a realidade brasileira foi diferente, mesmo a constituição imperial de 1824 prevendo o direito à liberdade religiosa não só aos cultos católicos - desde que os demais apenas proferissem suas crenças através de sua língua própria e no ambiente doméstico, “foi somente por ocasião da instalação da República que o governo provisório decretou, em 7 de janeiro de 1890, e a primeira constituição republicana oficializou, em 1891, a separação entre Igreja e Estado, pondo fim ao monopólio católico.” (ORO, 2011, p. 225).

Essa alteração da relação entre Estado e Igreja implicou em diversas modificações jurídicas e sociais, como, por exemplo, os casos dispostos no artigo 72 da referida Constituição: a previsão de que a República somente passaria a reconhecer o casamento civil (§ 4º); que os cemitérios, seriam administrados pela autoridade municipal, servindo a todos os cultos religiosos (§ 5º); assim como o ensino público não estaria mais vinculado a preceitos religiosos (§ 6º); entre outras disposições (BRASIL, 1981).

A linha separatista estabelecida pela Constituição de 1891 foi mantida na Constituição seguinte de 1934, mas que trouxe como novidade, em seus artigos, o estabelecimento da liberdade religiosa enquanto direito individual. Tais previsões foram seguidas pelo texto constitucional de 1937. O restabelecimento de relações mínimas entre Estado e Igreja só ocorreu com a Constituição de 1946, tendo em vista ter sido ultrapassada a fase de (SCAMPINI, 1974):

[...] desconfiança do Estado para com a Igreja Católica pelo que essa poderia representar de perigo para rivalizar com o poder político estatal, tratava-se, naquele instante, de admitir a colaboração dos segmentos religiosos em prol da prevalência do interesse público (SOUZA, 2016).

Sem haver alterações significativas na Constituição de 1967, foi com a de 1988, que a liberdade religiosa, prevista no seu art. 5º, inciso VI, foi amplamente assegurada. Ressalta-se que essa está intimamente ligada à liberdade de expressão, tendo em vista que aquela não consiste em apenas pensar acerca de uma religião, “mas o natural é que o exercício autêntico da religião, como o exercício de tantas outras coisas na vida, contenha e abranja discursos e ações.” (SAMPAIO JÚNIOR, 2010).

Os direitos fundamentais à liberdade religiosa e à liberdade de expressão compartilham a mesma origem histórica, que remonta ao nascimento do Estado Moderno, período no qual as guerras de religião acarretaram a formulação filosófica de ideias políticas revolucionárias que viriam a desembocar na defesa filosófico-política do direito fundamental à liberdade de pensamento, consciência e expressão (SANTOS, 2012, p. 23).

Nesse sentido, o proselitismo religioso consiste no direito a exibir os fundamentos de sua religião a outras pessoas, de modo que se possa convencê-las e convertê-las a essa religiosidade. Assim, o proselitismo se caracteriza pela manifestação simultânea de dois direitos fundamentais, quais sejam: à liberdade religiosa e à liberdade de expressão (SANTOS, 2012, p. 18).

Uma das maneiras de expressar essa liberdade é através do chamado proselitismo religioso, que se trata de “angariar novos fiéis ou direcionar o comportamento dos adeptos à religião” (BRASIL, 2018). Ocorre que, por vezes, a maneira como a manifestação da religiosidade se expressa, pode ir de encontro a garantias fundamentais do público que é alvo desse discurso.

Desse modo, os Tribunais Regionais Federais têm analisado o embate entre esses direitos fundamentais, os quais foram tratados a seguir, a fim de compreender se a Constituição Federal de 1988 permite a mitigação da liberdade de expressão religiosa.

3. A liberdade de expressão religiosa frente a outros direitos fundamentais

Conforme discorrido anteriormente, o direito à liberdade de religião não só está presente na Constituição Federal brasileira de 1988, como também encontra previsão em tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil se fez signatário. Tais fatos se coadunam com os preceitos máximos invocados na Carta Magna, tais como a construção de uma sociedade livre e plural, com respeito a todas as religiões.

Entretanto, há situações em que os limites do direito à liberdade de expressão religiosa são ultrapassados, como, por exemplo, quando esse direito se expressa através de um discurso que menospreza outras religiões, insultando suas entidades, incitando a violência contra seus adeptos, entre outras questões.

Em relação às restrições que podem sofrer o direito à liberdade religiosa, o presente tópico irá analisar como a jurisprudência brasileira tem decidido sobre esse possível conflito entre direitos fundamentais. Os julgados são provenientes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região e da 3ª Região, sendo que o primeiro se trata de um:

(...) Agravo de Instrumento interposto em face de decisão que indeferiu o pedido de tutela de urgência, em sede de Ação Civil Pública, objetivando a quebra de sigilo dos dados cadastrais e dos usuários responsáveis pela publicação e divulgação de vídeos com conteúdo referente às religiões de matriz africana e a retirada do material da internet (BRASIL, 2018a).

Nesse sentido, o objetivo central é observar como os Tribunais têm se posicionado diante do confronto entre a liberdade religiosa e a liberdade de expressão e outras garantias fundamentais. “Em síntese, investigar, em maior profundidade, em que medida o proselitismo religioso é constitucionalmente permitido e em quais hipóteses desborda das balizas da liberdade de expressão religiosa.” (BRASIL, 2018a).

Sobre essa discussão, o relator do acórdão supracitado esclarece que o proselitismo religioso é posto em prática por meio de três etapas. Com

a finalidade de explicar cada uma dessas fases, o Desembargador se baseou em um precedente do Supremo Tribunal Federal (RHC 134.682, Rel. Min. EDSON FACHIN), dispondo que:

a investigação deve incidir nos “juízos de desigualação”, fases atribuídas ao proceder inerente ao proselitismo (...), compreendendo três etapas: a primeira, em que explicita a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos, de caráter cognitivo; a segunda, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles, de viés valorativo; e a terceira, em que o agente legítima dominação exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior (BRASIL, 2018a).

Nesse ponto, cabe analisar o referido acórdão em contraponto com o proveniente do TRF3, o qual versa sobre uma ação civil pública, interposta pelo Ministério Público Federal, juntamente com duas associações civis, objetivando direito de resposta coletivo às entidades afro-brasileiras diante de ofensas perpetradas em programas religiosos transmitidos pelas emissoras de televisão (BRASIL, 2018b).

Outrossim, faz-se necessário explorar os julgados em conjunto, pois, apesar da ação tanto da emissora (TRF3), quanto do canal do Youtube (TRF2), serem muito semelhantes nos fatos, já que em ambas tratam de discursos os quais afirmam que as entidades, da religião de matriz africana, são demônios, entre outros termos, a resposta do Poder Judiciário não foi a mesma.

Isso porque, enquanto o TRF3 atendeu ao pedido da parte autora, “para condenar as réas a produzir, cada uma delas, 4 (quatro) programas de televisão, com duração mínima de uma hora, cada, a título de DIREITO DE RESPOSTA às religiões de origem africana (...)” (BRASIL, 2018b), o TRF2 negou provimento ao agravo de instrumento, alegando que:

[...] não foram relatados imperativos direcionados aos adeptos das crenças afro-brasileiras com o intuito de lhes suprimir direitos fundamentais, e sim alegações quanto à dita procedência ou natureza teológica das entidades, objetivando a conversão ou a “salvação” de adeptos de outras religiões, embora

mediante métodos de persuasão não razoáveis ou questionáveis, fazendo-se referência à incorporação de entes espirituais (BRASIL, 2018a).

O assunto tratado mostra-se bastante delicado, tendo em vista que trata de conflito entre garantias fundamentais, porém sua discussão é imprescindível para possibilitar respostas adequadas do Poder Judiciário, a um problema que pode, e já desencadeia, atos de violência e intolerância religiosa no território nacional. De acordo com os dados compilados pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa do Rio de Janeiro (CCIR), foram mais de “1.014 casos de ofensas, abusos e atos violentos registrados no Estado, entre 2012 e 2015, são contra praticantes de religiões de matrizes africanas” (PUFF, 2016).

Percebe-se que as duas ações, provenientes dos tribunais, envolvem o conflito entre neopentecostais e religiões afro-brasileiras, fato que não é uma singularidade apenas desses casos, mas de uma disputa travada há bastante tempo. A partir da década de 1980 já começaram a serem estudados esses conflitos religiosos pelas ciências sociais (SANTOS, 2012, p. 16).

Entretanto, esses entraves extrapolam limites quando desrespeitam a dignidade da pessoa humana, a qual pode ser entendida não apenas como a dignidade de uma pessoa, mas de um povo, grupo étnico, religioso, cultural. Por ser o núcleo fundamental de todos os outros direitos, ela serve como uma limitadora ao exercício de outros direitos fundamentais de forma abusiva (MEYES-PGLUG, 2009, p. 126-127).

Em sequência, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2009, p. 128) alega que a dignidade da pessoa humana, portanto, constitui-se enquanto uma proteção em relação às discriminações sofridas pelas pessoas ao longo da história, bem como na garantia de não ser humilhado e perseguido. Desse modo, as confissões religiosas minoritárias no Brasil, como as de origem africana, devem ser protegidas pelo Estado Democrático de Direito, já que são constantemente hostilizadas (SANTOS, 2012, p. 219).

Ademais, esses discursos também podem representar uma afronta a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e

Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções, a qual dispõe: “2º: §1. Ninguém será objeto de discriminação por motivos de religião ou convicções por parte de nenhum Estado, instituição, grupo de pessoas ou particulares”. (ONU, 1981).

4. Conclusão

A liberdade religiosa foi uma importante conquista social, estando prevista, praticamente, em todas as Constituições brasileiras. A religião é uma das formas que o ser humano encontra para se expressar enquanto sujeito, por isso, a manifestação da religiosidade de um não pode impedir a de outrem. Isso porque, a coexistência harmônica entre as mais diferentes religiosidades, é fundamental para a concretização da democracia.

Portanto, assim como a liberdade de expressão está sujeita a limitações, conforme se depreende tanto do texto constitucional, quanto de decisões judiciais, a liberdade de expressão religiosa também é passível de mitigação. Tendo em vista que os preceitos constitucionais só se concretizam com a manutenção da tolerância e do respeito entre as mais diversas formas de crenças, de modo que o proselitismo religioso será possível se respeitar essas diretrizes.

Ademais, é fundamental que os estudiosos do direito, das mais diferentes áreas, estejam a par da discussão sobre a liberdade religiosa e o proselitismo religioso, de modo que sempre se busque garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Referências

ARMSTRONG, Karen. **Em nome de Deus: o fundamentalismo no judaísmo, no cristianismo e no islamismo**. Tradução de HildegardFeist. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. Disponível em: <<http://alma.indika.cc/wp-content/uploads/2015/04/Em-Nome-de-Deus-Karen-Armstrong.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. 5ª Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Acórdão de decisão que negou o pedido de tutela provisória, que versava sobre que a**

quebra de sigilo de dados cadastrais mantidos na rede mundial de computadores. Agravo de Instrumento nº 0006182-14.2017.4.02.0000. Ministério Público Federal e Igreja Universal do Reino de Deus e Outros. Relator: Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro. Rio de Janeiro, 29 maio 2018a. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:azMLWpNzr8sfj:acordaos.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201700000061820%26coddoc%3D773012%26datapublic%3D2018-06-08%26pagdj%3D814/816+que+n%C3%A3o+foram+relatados+imperativos+direcionados+aos+adeptos+das+cren%C3%A7as+afro-brasileiras+com+o+intuito+de+lhes+suprimir+direitos+fundamentais+inmeta:gsaentity_BASE%3DInteiro%2520Teor&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 20 set. 2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 24 jan. 1891. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 01 out. 2019.

_____. Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que manteve a condenação das réis na obrigação de fazer, versando sobre direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à imagem.** Apelação Cível nº 0034549-11.2004.4.03.6100/SP. Ministério Público Federal e Rádio e Televisão Record S/A. Relatora: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. 06 abr. 2018b. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6494767>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. *Liberdades Públicas. Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

FERREIRA Filho, Manoel G. et. alli. *Liberdades Públicas. Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. APUD. São Paulo, Ed. Saraiva, 1978. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 01 out. 2019.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O livro das religiões**. Tradução de Isa Mara Lando. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005. Disponível em: <https://books.google.com.br/books/about/O_livro_das_religioes.html?id=SECjBgAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 01 out. 2019.

MEYER-FLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de expressão e discurso de ódio**. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções**. 1981. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religiao-ou-nas-conviccoes.html>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

ORO, Ari Pedro. A laicidade no Brasil e no Ocidente. Algumas considerações. **Civitas**, Porto Alegre, v. 11, n. 02, p. 221-237, 2011. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/9646>>. Acesso em: 01 out. 2019.

PUFF, Jefferson. Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil? **BBC Brasil**, Rio de Janeiro, 21 jan. 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

RANQUETAT JR., Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 21, n. 1, p. 1-14, 2008. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/sociais/humanas/article/view/773>>. Acesso em: 01 out. 2019.

SALOMÃO, Gilberto. Império Romano - Cristianismo - Da pregação de Jesus a Constantinó. **UOL**. 25 jun. 2014. Disponível em: <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/imperio-romano---cristianismo-da-pregacao-de-jesus-a-constantino.htm>>. Acesso em: 01 out. 2019.

SAMPAIO JÚNIOR, Belcorígenes de Souza. Liberdade religiosa versus liberdade de expressão. Um conflito meramente aparente. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2668, 21 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17660>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SANTOS, Milena Cristina. O Proselitismo religioso entre a Liberdade de expressão e o Discurso de ódio: a “Guerra santa” do Neopentecostalismo contra as Religiões afro-brasileiras. Brasília: UnB, 2012. 245 p. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13873/1/2012_MileneCristinaSantos.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade religiosa e dever de neutralidade estatal na Constituição Federal de 1988. **Consultor Jurídico**, São Paulo/SP, p. 01 - 01, 10 jul. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jul-10/direitos-fundamentais-liberdade-religiosa-dever-neutralidade-estatal-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SCAMPINI, José. A Liberdade religiosa nas Constituições brasileiras: estudo filosófico-jurídico comparado. **Revista de informação legislativa**, v. 11, n. 41, p. 75-126, jan./mar. 1974. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/180852>>. Acesso em: 01 out. 2019.

SOUZA, Charlyane Silva de. A liberdade religiosa no Estado laico. **JUS**, mar. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/47749/a-liberdade-religiosa-no-estado-laico>>. Acesso em: 01 out. 2019.

Desafios da regulação de notícias falsas nas eleições brasileiras de 2018

José Ricardo Alves

1. Introdução

O objeto da presente pesquisa é o estudo do fenômeno das *fake news* nas eleições brasileiras de 2018. Cabe ressaltar que a preocupação com a subversão de eleições em países democráticos causada por notícias falsas é externada por diversos autores na atualidade (McIntyre, 2018), (Sunstein, 2017), (Snyder, 2017). Este estudo é relevante para todos aqueles interessados em processos eleitorais isentos e justos, e consequente, fortalecimento da democracia. Embora em voga, o tema de notícias falsas ainda não foi totalmente perquirido por especialistas e questões a respeito do direito à livre expressão – principalmente em ambientes virtuais, face à veiculação deliberada de inverdades que permanecem em debate. Assim, se coloca a seguinte questão: Como garantir o direito de livre expressão e ao mesmo tempo preservar o acesso à informação?

A discussão do controle de “*fake news*” se dá no bojo de um debate maior: com o desenvolvimento de novas tecnologias, particularmente das mídias sociais, verifica-se o isolamento de grupos em bolhas sociais com consequente polarização de opiniões, as quais são validadas pela noção de concordância com o grupo e não por argumentos baseados em fatos – em uma corruptela do discurso pós-modernista, no que se convencionou

chamar de pós-verdade (McIntyre, 2018). É alentada a ameaça à democracia por grupos autoritários que usam a disseminação de inverdades como instrumento de dominação política (McIntyre, 2018), (Sunstein, 2017). Inclusive, parte desta dinâmica de dominação é alienar os cidadãos conforme moldes de “propaganda” de governos fascistas (McIntyre, 2018).

Particularmente no Brasil, as notícias falsas que denigrem a honra ou imagem de uma pessoa são passíveis de receber sanção, de acordo com o Código Penal, e ainda, há implicações na esfera cível (Mapelli, 2018), além de possibilidade de tratamento na Corte eleitoral. Contudo, possível equacionamento do controle de notícias falsas em ambiente de eleições permanece em aberto¹.

2. Seleção e análise dos dados

O presente trabalho foi imaginado a partir da leitura de notícias em que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) afirmava estar se preparando para combater as *fake news* nas eleições brasileiras de 2018². Inclusive houve encontro entre representantes do Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições do TSE com comitiva do *Federal Bureau of Investigation (FBI)* estadunidense³ para discutir a experiência sobre o assunto naquele país no primeiro semestre de 2018. Entretanto, foi uma matéria jornalística divulgada no sítio eletrônico do próprio tribunal⁴ que despertou o maior interesse, na qual ela aponta que foram ajuizadas 50 ações na corte relacionadas ao assunto de notícias falsas, as quais foram pronta-

¹Por exemplo, ver matéria: <https://www.camara.leg.br/noticias/577645-congresso-derruba-veto-e-retoma-punicao-para-quem-divulgar-fake-news/>. Acessado em 30/08/2019.

²<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Fevereiro/tse-vai-combater-fake-news-com-apoio-da-imprensa>. Acessado em 30/08/2019.

³<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/fbi-expoe-ao-tse-sua-experiencia-no-combate-as-fake-news>. Acessado em 30/08/2019.

⁴<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>. Acessado em 30/08/2019.

mente julgadas - inclusive, muitas das petições possuíam pedidos liminares de retirada de conteúdo da internet.

A celeridade do Tribunal aventada pela notícia também trouxe algumas indagações: o que são *fake news* para o Tribunal? O que o TSE teria decidido nos pedidos de retirada de conteúdo do ar? Suas medidas foram efetivas no combate à propagação de notícias falsas no Brasil? Para responder a estas questões e demais relacionadas à disseminação de desinformação no país, foi pensada uma investigação em que se procedesse a leitura das 50 ações mencionadas, e a partir da análise de seu conteúdo, jogar luz sobre o tema *fake news* no Brasil.

Após negativa da Assessoria de Imprensa do TSE ao pedido de divulgação da lista de processos sobre notícias falsas referidos na reportagem, foi realizada busca em plataforma que oferece serviço de banco de dados de ações judiciais⁵. Especificamente, foi feita pesquisa usando o termo *fake news* na jurisprudência do TSE, em qualquer data e em todos os graus de jurisdição. O resultado foram 56 entradas, as quais 12 eram repetidas. Outras 4 entradas foram descartadas por não tratarem de acontecimentos do pleito eleitoral ocorrido no segundo semestre de 2018. Logo, foi procedida a análise de conteúdo de 44 decisões - sejam interlocutórias, sejam sentenças definitivas, conforme metodologia desenvolvida por Bardin (1977).

A autora informa que a análise de conteúdo é

um conjunto de técnicas de análise de comunicações visando obter, por procedimentos, sistemáticos e objectivos de descrição do conteúdo das mensagens, indicadores (qualitativos ou não) que permitam a inferência de conhecimentos relativos às condições de produção/recepção (variáveis inferidas) destas mensagens. (BARDIN, 1977, p. 42).

Ou seja, com a investigação das decisões procurou-se extrapolar os seus textos, inferindo qual a concepção de notícias falsas para o Tribunal, bem como de outros conceitos que foram usados nas peças jurídicas, a

⁵ Para maiores informações, ver: <https://www.linkedin.com/company/jusbrasil/about/>

exemplo de eleitor e internet. Portanto, a escolha do referencial metodológico é justificada por sua capacidade de também ler as entrelinhas dos documentos, além do óbvio texto aparente.

Dentre as 44 decisões consideradas, 31 eram respostas às representações eleitorais ajuizadas. Por outro giro, 5 tratavam de Recurso Especial Eleitoral (RESPE), 3, de Agravo de Instrumento, outros 3 de Ação de Investigação Judicial Eleitoral, 1 Reclamação e 1 Ação Cautelar. Cabe destacar que os institutos listados estão previstos na legislação eleitoral pátria, a qual engloba o Código Eleitoral, Lei n 4.737 de 1965, além da Lei n 9.504 de 1997 e outros dispositivos legais como as Resoluções emitidas pelo próprio TSE, os quais foram citados pelas decisões e serão analisados em seguida.

3. Posicionamento do TSE

A primeira característica do direito eleitoral que se torna evidente com a análise das decisões proferidas é o seu caráter de justiça especializada. E a consequência dessa especialização, que se dá em nome da especificidade temática conforme apontam Cintra, Grinover e Dinamarco (2011), é, além de suas lides serem decididas por ramo do Poder Judiciário específico, a justiça eleitoral possuir leis processuais próprias. Por exemplo, a representação é a ação adequada para obtenção de direito de resposta. Tal ação possui procedimentos próprios, como prazo para resposta do representado em até 48 horas e outras particularidades determinadas em legislação específica.

Uma teoria interessante que auxilia no entendimento da importância da característica de especialização da justiça eleitoral é aquela desenvolvida por Luhmann (2010). Na tentativa de descrever a sociedade contemporânea como um sistema fechado, que por seu turno é composto por subsistemas como o direito, o autor aponta que os referidos subsistemas possuem estruturas que obedecem a regras de funcionamento interna, as quais são usadas para processar os ruídos originários do am-

biente externo - é o conceito de fechamento operacional dos sistemas. De acordo com os autores Rodrigues e Neves (2012, p. 79), que escrevem sobre a teoria dos sistemas alemã, “o fechamento é a condição da abertura do sistema ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento e responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolveu”. Portanto, a conclusão é a de que um sistema processa estímulos externos a partir de sua própria lógica interna. Igualmente, numa extrapolação da teoria proposta por Luhmann, a justiça eleitoral no Brasil também realiza operações de acordo com seu próprio fechamento operacional. Deste modo, o TSE processa as demandas acerca das *fake news* de acordo com sua lógica interna, a qual vamos tentar explorar neste artigo.

A exemplo da Representação n 0601781-72.2018.6.00.0000 ajuizada no TSE, a disseminação de notícias falsas durante o período das eleições somente é tratada pela justiça eleitoral brasileira quando tais notícias são consideradas pelo Tribunal como "afirmações [...] sabidamente inverídicas". Tal condição é estabelecida pelo Art. 58 da Lei 9.504/1997, *in verbis*:

Art. 58. A partir da escolha de candidatos em convenção, é assegurado o direito de resposta a candidato, partido ou coligação atingidos, ainda que de forma indireta, por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica, difundidos por qualquer veículo de comunicação social.

E ainda, na mencionada Representação é exposto o entendimento do TSE de que afirmações sabidamente inverídicas são aquelas "verificáveis de plano", "inverdade[s] evidente[s]", "flagrantes expedientes de desinformação [...] com o propósito inequívoco de induzir o eleitorado ao erro". Portanto, em relação às *fake news*, o TSE somente atua - no caso, ordena -, por exemplo, na remoção de conteúdo da internet e concede direito de resposta, quando a notícia é caracterizada como patentemente inverídica e não em todos as circunstâncias de divulgação de notícias falsas.

É importante ressaltar que a retirada de conteúdo do ar é vista como circunstância excepcional - nas palavras do ministro juiz da Representação n 0601775-65.2018.6.00.0000, "a regra é a liberdade de expressão", sendo necessário, conforme a referida Representação expõe, a justificação que se amolde ao Art. 22, § 1º, da Resolução TSE n 23.551/2017: "A livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos" - esta última categoria são as *fake news*.

No mesmo sentido, é apresentado nas sentenças outro dispositivo, o Art. 33, da mesma Resolução TSE n 23.551/2017, e que indica que a "atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático". Cabe ressaltar que tal artigo foi citado em 24 das 31 Representações ajuizadas na Corte. Portanto, temos aqui enunciado um dos princípios da atuação do TSE no âmbito da rede mundial de computadores, a neutralidade - a qual se traduz na resistência de exercício de qualquer medida pela Corte no ambiente virtual. Tal entendimento da neutralidade da Corte já está internalizado, como demonstra o seguinte trecho da decisão da Representação 0601611-03.2018.6.00.0000, "à luz do princípio da mínima interferência desta Justiça especializada no debate político-eleitoral, penso que [...]".

A partir da análise das sentenças, infere-se que a causa fundadora de tal posicionamento é demonstrada no § 1º do mesmo Art. 33 da Resolução TSE n 23.551/2017, em que se lê:

§1º Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral.

Deste modo, é em nome da prevenção à possível censura que o TSE adota postura de neutralidade quando é chamado a julgar casos com pedido de remoção de conteúdo da internet.

E ainda, tem-se o § 6º do mesmo Art. 33 da Resolução TSE n 23.551/2017, no qual se lê: "Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum". Tal artigo é citado nas decisões, como na Representação n 0601611-03.2018.6.00.0000, e reafirma, além da característica da justiça eleitoral ser especializada, o princípio de neutralidade do TSE em relação a qualquer medida no âmbito da internet.

E ainda, além dos parâmetros de inverdade patente ou ofensa aos direitos de algum candidato, foi abordada outras condições para que uma notícia seja removida da internet nas decisões do TSE. A exemplo da sentença da Representação n 0601818-02.2018.6.00.0000, foi expresso que "tratando-se de conteúdos veiculados no ambiente especialmente livre da Internet, além da ofensa à honra ou da constatação da patente falsidade, há de se considerar a existência de contraditório na própria rede e o potencial lesivo da postagem [...]". Portanto, a partir de movimento dajurisprudência, mais balizas foram adicionadas à atuação do TSE, o que leva à reafirmação da inferência do caráter excepcional de tal atuação.

Em decisões exaradas pelo Tribunal, como naquela da Representação n 0601820-69.2018.6.00.0000, é exposto definição dada pelo Dicionário Oxford sobre *memes*: "uma imagem, um vídeo ou um texto, tipicamente humorístico em sua natureza, que é copiado e rapidamente compartilhado por usuários da Internet, muitas vezes com pequenas variações". O *meme* é descrito pelo magistrado da referida representação como "charge virtual e espontânea, que viraliza no ambiente digital". E a conclusão é a de que "'memes' não são passíveis de remoção, pois alheias

ao padrão de notícias falsas". Assim, o TSE não considera os *memes*, por causa do seu caráter satírico, como notícias falsas.

Outro ponto revelado pela análise de conteúdo é a concepção de internet para a Corte, como, por exemplo, aquela exposta na decisão da Representação n 0601727-09.2018.6.00.0000, na qual é considerado que a rede mundial de computadores é um espaço em que particularmente seus usuários são livres e, ainda, produzem conteúdo, ao contrário do que ocorre nas mídias tradicionais como televisão e o rádio. Tal entendimento se aproxima bastante da internet como "redes horizontais de comunicação interativa que conectam o local e o global, em um momento determinado", como definido por Castells (2017, p. 113).

E de fato, o Marco Civil da Internet, Lei n 12.965/2014, prevê em seu Art 3º, inciso IV, a neutralidade da rede como princípio a ser realizado. Entretanto, em contraposição, emergem visões críticas acerca da liberdade e neutralidade da rede nos dias de hoje, como Alen-Savikko (2019), para quem a neutralidade da rede é uma opção a ser perseguida e não uma característica intrínseca da rede mundial de computadores.

Com efeito, conforme apontam as decisões do Tribunal, existe um entendimento da Corte em relação ao conceito de eleitores, sobre os quais é pressuposto que sejam capazes de tomar parte no debate político, se expressarem, articularem opinião e de debaterem em um exercício de livre convencimento típico de regimes democráticos. Cidadãos com discernimento, os quais devem possuir "comportamento adulto e maduro", conforme aponta decisão da Representação n 0601775-65.2018.6.00.0000. A noção de eleitores encontrada nas decisões remetem ao tipo ideal de eleitor: o homem-médio pensante, com acesso às informações sobre o pleito, capaz de analisar argumentos e formar opinião livremente a partir da discussão política engendrada pelas campanhas eleitorais democráticas.

É curioso notar que tal concepção não é perfeitamente aderente com o resultado de pesquisas sobre letramento da população brasileira. Por exemplo, os dados divulgados pela pesquisa do Indicador de Alfabetismo

Funcional (Inaf), realizados pelo Instituto Paulo Montenegro e a ONG Ação Educativa, apontam que cerca de 30% da população brasileira com idade entre 15 e 65 anos são analfabetos funcionais. O grupo é composto por dois subtipos: os analfabetos absolutos e os rudimentares - estes embora saibam ler, conseguem apenas localizar informações explícitas em textos curtos, enquanto atividades complexas como a compreensão de ironias e outras figuras de linguagem, não são totalmente realizadas.

E ainda, outro dado apontado pela mesma pesquisa: mesmo com restrições, os analfabetos funcionais são usuários frequentes das mídias sociais: 86% usam o WhatsApp e 72%, o Facebook. A porcentagem do grupo daqueles que não conseguem ler e que usam *apps* é muito próxima da porcentagem do grupo dos alfabetizados, por exemplo, 89% dos proficientes usam o aplicativo desenvolvido por Mark Zuckerberg. Entretanto, conforme aponta a pesquisadora do Instituto Paulo Montenegro, o uso das mídias sociais pelos analfabetos sofre das limitações típicas daqueles que não são letrados frente ao texto escrito, pois a apreensão de informações a respeito do contexto de uma postagem pode não ser realizada por este grupo.

De fato, o Tribunal informa sobre o grau de instrução dos eleitores brasileiros⁶ em seu sítio eletrônico. E muito embora haja a consideração da fidedignidade dos dados, que são coletados no momento de cadastramento ou recadastramento do título de eleitor, são apontados os seguintes percentuais no mês de dezembro de 2018 no Brasil: analfabetos perfazem 4,43% dos eleitores; outra categoria intitulada "lê e escreve", 8,85%; e ensino fundamental incompleto, 25,76%; ensino fundamental completo, 6,8%; ensino médio incompleto, 16,89%; ensino médio completo, 22,99%; e por fim superior incompleto, 4,9%; e, superior completo, 9,3%.

Com efeito, o letramento de parte da população adulta brasileira permanece como um desafio. Porém, o equacionamento da questão pelo TSE pode ser inferido no trecho da sentença da Representação n

⁶<http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-grau-de-instrucao>

0601806-85.2018.6.00.0000, em que se lê: "[a] crítica que infirma as informações falsas pressupõe a livre circulação de ideias e a sua confrontação pública". Ou seja, o engajamento de todos e o aprofundamento do debate político é capaz de revelar as *fake news*. Cabe ressaltar que a participação política pela população é vista como solução contra a disseminação das notícias falsas, bem como, resposta a eventual pouca instrução de parte do eleitorado. Afinal, democracia é um processo (REIS, 2013).

Por fim, é necessário destacar a compreensão que a Corte possui sobre o seu próprio papel no jogo democrático das eleições brasileiras. Em decisões, como aquela da Representação n 0601775-65.2018.6.00.0000, é indicado que

a obrigação da Corte Eleitoral não deve ser a de indicar qual é o conteúdo verdadeiro, nem tutelar, de forma paternalista, a livre escolha do cidadão. [...] A Justiça Eleitoral não deve, portanto, atrair para si a função de fact-checking ou ainda realizar um controle excessivo.

Deste modo, apesar de tentativas realizadas pela Corte em discutir e endereçar o assunto de divulgação de notícias falsas nas eleições brasileiras - fato que poderia ensejar o entendimento de algum tipo de direcionamento efetuado pelo Tribunal - é patente a posição do TSE de profundo respeito democrático pelo debate político engendrado pela sociedade brasileira. Por isso, a noção de não interferência da Corte na possível orientação da discussão política realizada pelo eleitorado. Tal concepção é reafirmada pelo trecho da mesma Representação n 0601775-65.2018.6.00.0000, em que se lê *in verbis*

[a] Justiça Eleitoral, em particular, quando do exame das representações eleitorais, está adstrita ao binômio legalidade-ilegalidade, não podendo, sob pena de interferir na estabilidade do processo eleitoral (art. 16 da CRFB), dispor sobre o que entende ser o mais conveniente para o pleito eleitoral.

3. Conclusão

Realizada de acordo com metodologia proposta por Bardin (1977), a análise de conteúdo das sentenças permite inferir que o TSE considera como *fake news* aquelas notícias falsas contendo inverdades patentes, ou nos termos da lei, "sabidamente inverídicas". A liberdade de expressão é tida como opção *default* a despeito de outros direitos. Ou seja, o Tribunal é veemente contrário à censura. A Corte, igualmente, demonstrou um dos seus princípios de atuação: a neutralidade em relação ao conteúdo veiculado na internet. Ressalta-se ainda, o caráter de justiça especializada que o TSE possui.

E ainda, foi verificado o aumento de balizas para a classificação das notícias falsas: o contraditório típico da rede e o potencial de dano das notícias são também escrutinados. *Memes* são considerados *charges* e, portanto, alheias ao padrão das *fake news*. Outra convicção da Corte é a de que a internet é um ambiente livre e neutro. E ainda, há a visão do Tribunal dos eleitores com o tipo ideal do homem-médio. Igualmente, o debate político realizado pelo eleitorado é considerado capaz de superar os efeitos deletérios provocados pelas notícias falsas, bem como, capaz de promover emancipação política do eleitorado. Por fim, também foi constatado o respeito da Corte pelo processo democrático brasileiro.

Referências

ALEN-SAVIKKO, A. Network Neutrality in the Era of 5G - A Matter of Faith, Hope, and Design. *Information & Communications Technology Law*, [s. l.], n. Issue 2, p. 115, 2019. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edshol&AN=edshol.hein.journals.infctel28.11&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 26 set. 2019.

ALLCOTT & M. GENTZKOW, "Social Media and Fake News in the 2016 Election" New York University and Stanford University, 2017.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BARTHEL, M.; MITCHELL, A.; & HOLCOMB, J., “Many Americans Believe Fake News Is Sowing Confusion”, Pew Research Center, 2016.

BURSHTEIN, S. The True Story on Fake News. *Intellectual Property Journal*, 29(3), 397-446, 2017.

CHOMSKY, N. *Global Discontents: Conversations on the Rising Threats to Democracy (American Empire Project)* (with David Barsamian). New York: Penguin Press, 2017.

CASTELLS, Manuel. *O Poder da Comunicação*. 2ª Edição. Trad. de Vera Lúcia Mello Joscellyne; Rev. de Isabela Machado de Oliveira Fraga. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CINTRA, A. C. de A.; DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P. *Teoria geral do processo*. [s.l.] : Malheiros, 2011. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cato7149a&AN=buin.997117&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 30 set. 2019.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.

MAPELLI, Aline. *Os impactos das novas tecnologias no Direito e na Sociedade*/Aline Mapelli, Marina Giongo, Rita Carnevale, Erechim: Deviant, 2018.

MCINTYRE, Lee. *Post-truth*. Cambridge: MIT Press, 2018.

REIS, H. E. dos. *A Democracia Como Processo: política e educação no pensamento de Tocqueville*. [s. l.], 2013. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.7FDBC352&lang=pt-br&site=eds-live>>. Acesso em: 29 set. 2019.

RODRIGUES, Leo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *Niklas Luhmann: a sociedade como sistema*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

SNYDER, Timothy. *On Tyranny: Twenty Lessons from the Twentieth Century*. New York: Tim Duggan Books, 2017.

SUNSTEIN, Cass. #Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

TIMOTHY Snyder, On Tyranny, New York: Tim Duggan Books; 1st edition, 2017.

Direito à privacidade x direito à liberdade: embate entre o direito ao esquecimento e o direito à informação

*Beatriz Castro Lopes Correa da Costa*¹

*Isabela Piedade de Alcântara*²

1. Introdução

A ideia de privacidade é algo que traz preocupações e questionamentos para a humanidade desde os seus primórdios, embora as discussões acerca dessa temática tenham sido debatidas de diversas maneiras e em diferentes graus ao longo da evolução do corpo social. As primeiras sociedades não tinham grande anseio em proteger sua privacidade, em razão do convívio coletivo, que fez com que não existisse de maneira clara a noção de indivíduo e o reconhecimento de sua individualidade até a Idade Média, sendo as atitudes e relações dos indivíduos de caráter coletivista. Entretanto, com o constante desenvolvimento e construção de uma sociedade civil, e com a notória influência das premissas cristãs - em especial da filosofia neotomista, a qual afirma que o indivíduo se apresenta a nossa razão como ser composto de corpo e alma (ser incompleto), que precisa utilizar a sociedade para o alcance de seu fim último - na criação da ideia de pessoa, a população passou a sentir uma crescente necessidade de proteger e definir sua privacidade, a qual

¹ Graduanda em Direito do 4º semestre do Centro Universitário do Estado do Pará.

² Graduanda em Direito do 3º semestre da Universidade Federal do Pará.

abrange a proteção da intimidade e da vida privada, e não apenas relacioná-la com o direito de estar só, como ocorria anteriormente. Diante desse contexto, no cenário atual, e de acordo com inciso X do art. 5º da Constituição vigente, a privacidade abrange a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, e é conceituada como a autossuficiência do indivíduo em definir em tema e amplitude os aspectos que compõe sua vida afetiva, profissional, doméstica, familiar, junto com o que compete aos seus hábitos e costumes, sendo que terceiros somente poderão ter conhecimento da privacidade do indivíduo se este desejar ou aceitar partilhar determinada informação de sua vida com o corpo social ou com determinados integrantes deste. Ademais, deve-se ressaltar que apesar de inúmeros autores, como Uadi Lammêgo Bulos, afirmarem que a intimidade e a vida privada não têm diferenças, o poder constituinte originário destaca que essas diferenças existem, pois a vida privada é mais abrangente ao incluir todas as relações sociais nas quais o indivíduo se insere, e a intimidade - abarcada pela vida privada - preocupa-se em proteger as particularidades ou os segredos dos cidadão. Diante desse contexto, o direito ao esquecimento - que posteriormente será melhor explanado neste trabalho - insere-se ao direito à privacidade.

Assim como os demais direitos, a ideia de liberdade da pessoa humana surgiu antes mesmo da escrita, entretanto, nesse momento será dado enfoque ao direito à liberdade a partir das dimensões dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, conceituados como os direitos humanos positivados na Constituição, sofreram constantes mutações relacionadas à titularidade dos direitos, à natureza, e ao valor objetivo destes, sendo necessário que esses direitos fossem divididos em dimensões, as quais não se excluem, mas se complementam. A primeira dimensão dos direitos fundamentais foi fortemente influenciada pelas revoluções liberais (ideais iluministas de igualdade, liberdade e fraternidade), fato que proporcionou o enfoque aos direitos de natureza negativa, os quais consistem na possibilidade do indivíduo de defender-se e opor-se a determinadas ações do Estado. Diante disso, é possível perce-

ber nessa dimensão o especial desenvolvimento do direito à vida, à propriedade e à liberdade, esta como valor objetivo, em razão do indivíduo ser considerado o dono da titularidade desses direitos. Entretanto, com o surgimento da segunda dimensão dos direitos fundamentais os direitos individuais enfatizados na primeira dimensão - em especial o direito à liberdade -, sofrem certas limitações. A segunda dimensão dos direitos fundamentais surgiu diante do contexto da Revolução Industrial, a qual, durante o seu desenvolvimento, proporcionou diversas consequências no âmbito econômico e social, como extrema desigualdade social e material, e submissão dos trabalhadores a condições miseráveis. Dessa maneira, em especial, no final do século XIX (período em que essa situação se agrava), a segunda dimensão dos direitos fundamentais tem como valor objetivo a igualdade material e humana dos indivíduos, a qual busca por meio da defesa dos direitos de natureza positiva, como saúde, educação, moeda e garantias trabalhistas. Nesse contexto, o Estado passa a assumir uma postura mais ativa diante do corpo social, com o objetivo de garantir o bem-estar coletivo. Desse modo, a liberdade enfatizada na primeira dimensão, assim como os demais direitos desta, são limitados, pois a liberdade do indivíduo passa a ser concedida pelo Estado.

Destarte, no cenário atual, o direito à liberdade, previsto no art. 5º da Constituição de 1988, é positivado como garantia e direitos fundamentais e invioláveis a brasileiros ou a estrangeiros residentes no país. Aderindo a uma perspectiva liberal, a sociedade e o governo devem proteger, promover e assegurar a liberdade individual ao invés de limitá-la. Diante disso, a liberdade pode ser ramificada em duas dimensões: a positiva e a negativa. Um dos principais autores que abordam essa questão da dupla dimensão da liberdade é Isaiah Berlin. Este define essa dicotomia por meio de duas questões: acerca da dimensão positiva que surge a partir do questionamento “O que ou quem é a fonte de controle ou interferência capaz de determinar que alguém faça ou seja uma coisa em vez de outra?”. Já acerca da dimensão negativa, é advinda da indagação “Qual é a área em que um sujeito - uma pessoa ou um grupo de pessoas

– é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?”.

“A liberdade negativa é entendida em termos de opções objetivas disponíveis, e são consideradas barreiras a essa liberdade elementos externos ao indivíduo que escolhe; já a liberdade positiva considera condições internas – por exemplo, medos, vícios e compulsões – como barreiras à liberdade”. (ELIAS, 2012, p. 10).

A primeira diz respeito ao domínio do indivíduo sobre suas próprias ações, a possibilidade de agir a partir de seus anseios individuais, sem a interferência de terceiros, sejam estes componentes do corpo social ou do próprio Estado. Já a segunda, refere-se à ausência de barreiras que impeçam o indivíduo de realizar seus desejos, permitindo que este usufrua de sua liberdade de escolha sem que esta seja obstruída por outrem. De acordo com a perspectiva de liberdade negativa explanada pelo teórico social russo-britânico Isaiah Berlin, “[...] se outros me impedem de fazer o que do contrário eu poderia fazer, não sou nessa medida livre; e, se essa área é restringida por outros homens além de certo valor mínimo, posso ser descrito como coagido, talvez escravizado” (BERLIN, 2002, p. 229). Assim, de acordo com a Constituição, o direito à informação está inserido ao direito à liberdade, em todas as suas dimensões, sendo elemento fundamental à nossa democracia.

Portanto, a partir do exposto anteriormente, será explanado um aprofundamento dos direitos à privacidade e à liberdade, sob a perspectiva do direito ao esquecimento e do direito à informação para levantar um debate no conflito desses direitos fundamentais.

2. Conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação

Com o objetivo de melhorar a compreensão acerca do conflito em questão, será feita uma breve introdução sobre a colisão de direitos fundamentais em um aspecto geral.

A colisão entre os direitos fundamentais pode ser conceituada como o conflito originário da utilização de distintos direitos fundamentais por diferentes titulares. Essa colisão é legitimada apenas quando um direito fundamental afetar de maneira direta o campo de proteção de outro direito fundamental, devendo ser levado em consideração os impactos da interferência na proteção das garantias fundamentais de maneira individualizada e social. De acordo com o ministro Gilmar Mendes (2019), essa colisão pode surgir do conflito entre direitos individuais, direitos individuais e bens jurídicos da comunidade ou entre bens jurídicos coletivos. A doutrina admite a existência de duas espécies de colisão: em sentido amplo e em sentido estrito. A primeira refere-se não somente aos direitos fundamentais, são considerados também os princípios que tenham como objetivo primordial a proteção do corpo social. Já a segunda, de sentido estrito, alude ao embate de direitos fundamentais, sejam eles idênticos ou difusos. Este último é visto no conflito entre o direito ao esquecimento e o direito à informação, o qual será explanado de forma mais aprofundada nesse momento.

O surgimento da necessidade de conceituação jurídica do direito ao esquecimento - denominado também de “direito de estar só” ou “direito de ser deixado em paz” - surgiu na Alemanha, no final da década de sessenta, com o caso Lebach - um dos casos de maior repercussão sujeito à Corte Constitucional alemã. O caso tratava-se de pedido de medida liminar por um dos indivíduos envolvido em um grave homicídio - denominado como assassinato do soldado de Lebach - contrário a publicação de um filme que seria divulgado por uma rede de televisão, alegando que a vinculação de seu nome ao filme ocasionava dificuldade em sua ressocialização e lesava seus direitos de personalidade. Dessa maneira, após a análise do caso - o qual demonstra o conflito entre a liberdade de comunicação e os direitos de personalidade - a Corte Constitucional Alemã decidiu pela proibição da divulgação do filme. Portanto, atualmente, o direito ao esquecimento é considerado doutrinariamente um direito fundamental implícito, que está amparado no direito à priva-

cidade e na dignidade da pessoa humana (um dos principais componentes que rege a atual Constituição), no âmbito da vida privada consagrada na Constituição de 1988 no art. 5º, X, e também pelo Código Civil de 2002 no art. 21, a qual consiste no conceito mais amplo da vida íntima do indivíduo, abrangendo questões familiares, afetivas e profissionais, por exemplo.

Nesse aspecto, o direito ao esquecimento é conceituado como a possibilidade do indivíduo de requerer judicialmente a desvinculação de seu nome ou imagem a um fato que lhe ocorreu ou realizou há um determinado período de tempo, o qual lhe cause prejuízos morais, sociais e psicológicos, como dificuldade de interação e integração social, inclusive no mercado de trabalho, julgamentos de valor da sociedade acerca do fato, e sofrimento, em razão da constante exposição ao lembrar continuamente acontecimentos indesejados e inoportunos. Entretanto, assim como os demais direitos fundamentais formais e materiais, o direito ao esquecimento gera conflitos entre os valores fundamentais da liberdade de comunicação, mais especificamente o direito à informação.

O direito à informação é uma garantia, presente na Constituição Federal, essencial para o exercício da democracia da cidadania. Este abrange aspectos referentes ao direito dos cidadãos de se informar (ter condições para dispor dos meios necessários para realizar a busca da informação), ser informado (dever do Estado em ser transparente em suas ações, visto que são de interesse público, por meio da adoção de instrumentos de maior publicidade possível), e informar (informação como produto da atividade jornalística), presentes respectivamente no art. 5º, XXXIII, art. 37, caput e art. 220, §1º.

Diante da exposição de ambos direitos fundamentais, e levando em consideração o cenário atual em que os meios midiáticos, em especial as redes sociais, crescem de maneira desenfreada - tornando cada vez mais difícil a fiscalização da veracidade e relevância das informações ao público -, nota-se que o afastamento da vida pública e da vida privada do indivíduo está diminuindo e se misturando. É importante destacar acerca

do exercício da comunicação social em que, nos dias de hoje, quanto mais rápido e mais detalhada é a informação, melhor para o triunfo da profissão jornalística. Entretanto, o exercício do direito à informação pode causar confrontos com o direito ao esquecimento - ou vice-versa -, como será demonstrado nos casos concretos expostos no tópico posterior. Sobre esse embate:

“Em se tratando de conflito de pretensões à privacidade e à liberdade de informação concorda-se que se analise a qualidade da notícia a ser divulgada, a fim de estabelecer se a notícia constitui assunto do legítimo interesse do público. Deve ser aferido, ainda, em cada caso, se o interesse público sobreleva a dor íntima que o informe provocará.” (MENDES, 2019, p. 292).

Portanto, as informações referentes aos indivíduos ao serem expostas para o corpo social devem ser relevantes e auxiliarem no desenvolvimento e orientação da sociedade como também contrapesar o interesse público e as consequências para com o indivíduo - sejam estas materiais, morais ou psicológicas. Deve-se inferir que tratando-se da problemática das colisões entre direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a utilização da relação de precedência condicionada para a análise do caso concreto como solução hermenêutica dos conflitos. A relação de precedência condicionada utiliza-se do princípio fundamental da proporcionalidade, o qual irá realizar uma ponderação de acordo com cada caso concreto, entre os direitos fundamentais presentes no embate. Essa ponderação será realizada por meio da observância de três requisitos essenciais: adequação (capacidade de alcançar o efeito desejado), necessidade (ter a menor onerosidade e a mesma efetividade) e a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação entre as restrições e os efeitos obtidos). A partir dessa análise será determinado qual direito deve preceder o outro. Ademais, deve-se destacar que os direitos fundamentais não se anulam, e a hierarquização só é possível de acordo com a análise de cada caso concreto.

3. Análise do conflito em casos concretos

Após a exposição da temática proposta neste trabalho em uma perspectiva mais teórica, este tópico será destinado a apresentar dois casos concretos, com o objetivo de expor o conflito em um campo prático, a partir das diferentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para solucionar o conflito entre os mesmos direitos fundamentais.

O primeiro caso refere-se à ação movida por Maria das Graças, conhecida popularmente por Xuxa Meneghel, contra a sociedade Google Brasil Internet Ltda, perante a justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 2010. Na referida ação, Maria das Graças requeria eliminação do sistema de pesquisas do Google dos termos “Xuxa pedófila” ou quaisquer outros termos de busca que associassem o seu nome ao cometimento de crimes, alegando que este fato feria o seu direito à intimidade. Nesse contexto, a decisão de primeiro grau, deferiu o pedido da impetrante. Entretanto, interposto o recurso cabível, o Tribunal reformulou a decisão, restringindo as pesquisas no site para algumas imagens apresentadas nos autos. Portanto, em última análise, o STJ - em sede de recurso especial - entendeu que não poderia reprimir o direito do corpo social à informação, pois os provedores de pesquisa não devem apagar dos seus sistemas os resultados provenientes de termos ou expressões buscados.

Em análise ao caso exposto, é necessário frisar a separação entre notícias de interesse público e interesse do público. Na decisão do STJ, é possível notar certa relativização em relação ao direito ao esquecimento, a partir do momento em que prevalece o direito à informação na ponderação entre os direitos fundamentais em questão. Esse fato é nitidamente observado quando o STJ considera que as notícias expostas possuem considerável papel social ao informarem ao público aspectos importantes sobre a origem da atriz e o seu posterior alcance do estrelato, negando o caráter absoluto ao sofrimento ocasionado pela exposição dessas informações.

Ademais, outro caso que reporta ao embate em questão trata-se do caso apresentado RE1.334.097/RJ. O fato apresenta como impetrante Jurandir Gomes, contra o impetrado Linha Direta Justiça, programa de TV da Rede Globo, no que se refere à vinculação de seu nome ao crime ocorrido na Igreja de Nossa Senhora da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, em 23 de julho de 1993, fato conhecido popularmente como a Chacina da Candelária. Jurandir, na época do crime, foi acusado como partícipe e posteriormente preso. Após três anos de prisão, o Tribunal do Júri concedeu sua absolvição por negativa de autoria pela unanimidade dos membros do Conselho de Sentença. Anos depois, em 2006, o programa Linha Direta Justiça procurou o inocentado para a realização de uma entrevista. Diante disso, o fato de o referido programa ter reaberto o episódio acontecido fez com que Jurandir retomasse o sofrimento vivido na época do crime e voltasse a ser visto em seu convívio social como assassino. Diante da visão do STJ, o referido caso representou violação dos direitos da personalidade como o direito à paz, à privacidade e à intimidade. Com base nisso, após recurso especial da Rede Globo, o STJ compreendeu que era possível a exibição do programa para fazer o resgate histórico do crime, contanto que Jurandir não fosse identificado. Portanto fica evidente a aceitação e aplicação do direito ao esquecimento no caso da Chacina da Candelária.

Sobre este caso, é notório que o Tribunal preponderou a favor do direito ao esquecimento devido às consequências morais e psicológicas que Jurandir estava sofrendo interferirem de maneira direta no seu desenvolvimento em meio ao corpo social, e a sua vinculação ao fato não ser de grande importância para o desenvolvimento e conhecimento da comunidade. Embora na época o impetrante tenha sido acusado de ter ligação ao crime - ao ser acusado de comete-lo - , este preferiu evitar ter qualquer tipo de conexão ao fato, mesmo que tenha sido vítima de uma injustiça, em razão da lembrança de toda a sua aflição vivida o atormentar.

Analisando os dois casos concretos, fica nítido o embate da aplicação do direito ao esquecimento e o direito à informação, em razão das diver-

gências das decisões realizadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Todavia, é possível perceber a clara ponderação e conciliação entre o direito ao esquecimento e o direito à informação, cruciais para a solução do conflito entre os direitos fundamentais em questão.

4. Considerações finais

Em vista do exposto, conclui-se que é mister o maior desenvolvimento de pesquisas científicas sobre o direito ao esquecimento, para todos que tenham seus direitos da personalidade violados, em especial ao que se refere ao direito à privacidade, à vida privada, à honra e à imagem - dando enfoque especial à concessão e ponderação desse direito às pessoas de maior visibilidade pública, devendo-se sempre considerar que as informações divulgadas ao seu respeito tenham relevância para a sociedade e, assim, não ferindo a sua intimidade.. Diante dessa perspectiva, deve-se dar destaque à efetivação desse direito, de maneira igualitária, aos condenados que cumpriram de maneira integral sua condenação ou que foram absolvidos em processos criminais, aplicando o princípio constitucional do *bis in idem*.

Acerca das divergências jurisprudenciais, é de essencial importância que as decisões sejam sempre pautadas na utilização da ponderação, a partir da utilização do princípio fundamental da proporcionalidade e, conseqüentemente, do cumprimento de seus três requisitos necessários para a sua efetiva aplicação (adequação, necessidade e a proporcionalidade em seu sentido estrito). Essa obrigatoriedade é de suma pertinência para que não haja a hierarquização absoluta dos direitos fundamentais, haja vista que todos são considerados - constitucionalmente - como princípios básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, sendo proibida a supressão de direitos fundamentais. Entretanto, a hierarquização pode ser aplicada de acordo com cada caso concreto, ao realizar a ponderação em favor de determinado direito fundamental.

Portanto, tal fato demonstra a evolução cultural da sociedade, em razão de não julgar o indivíduo com base em ações anteriores, ao evitar que a integração, reinserção ou interação do cidadão na sociedade seja influenciada pela constante e repetitiva lembrança de fatos que não condizem com a atual figura particular, proporcionada por veículos de comunicação, como televisão, sites e vídeos. Desse modo:

“É por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana, conforme expressa o Ministro Schietti Cruz.” (STJ, 2018, HC 402.752)

Todavia, embora o direito ao esquecimento seja amparado pela Constituição e seja reconhecido nos pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, e aprovado pela VI Jornada de Direito Civil (Enunciado 531 - “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”), ainda existem órgãos que não reconhecem o direito ao esquecimento. Em 2016, a Procuradoria Geral da União (PGR) manifestou-se de maneira contrária ao recurso (ARE 833.248) que busca a aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil nos casos em que for solicitado pela própria vítima ou pelos seus familiares, alegando que seria impossível que esse direito limitasse o direito fundamental à liberdade de expressão, em razão de não ser reconhecido e delimitado por nenhuma norma do âmbito civil no ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, conclui-se que a evolução desse assunto no âmbito do direito pátrio ainda está em evolução, fator que justifica a inconstância das decisões judiciais, sendo necessário o aguardo de novos desdobramentos doutrinários e jurisprudenciais.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

CASARIN, Júlio César. Isaiah Berlin: **Afirmação e limitação da liberdade.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v16n30/17.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

ELIAS, Maria Lígia. **Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa.** Disponível em: <https://cienciapolitica.org.br/system/files/documentos/eventos/2017/02/isaiah-berlin-e-debate-sobre-liberdade-positiva-e-liberdade.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2019.

LUCENA, Marcelo. Direito ao Esquecimento: **O caso da Chacina da Candelária REsp 1.334.097 - RJ.** Disponível em: <https://advmarcelolucena.jusbrasil.com.br/artigos/303301916/direito-ao-esquecimento-o-caso-da-chacina-da-candelaria-resp-1334097-rj/amp>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional.** 7.ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: **Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11.ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2012.

O direito ao esquecimento como forma de proteção aos direitos da personalidade: uma análise entre o direito de imagem e a liberdade de expressão, informação e imprensa

*Thainara Fraga Araújo*¹

1. Introdução

Com o fito de proteger a incolumidade física e moral dos seres humanos, o Direito da Personalidade surge na sociedade para resguardar o direito de imagem, a vida privada e a intimidade dos indivíduos, em decorrência de inúmeros fatos transcorridos ao longo tempo. Com o avanço das relações sociais, surge no meio jurídico o instituto do Direito ao Esquecimento como uma nova modalidade dos direitos personalíssimos, pautado no princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana² e na premissa de que ninguém é obrigado a conviver com um passado que lhe traga desconforto e aversão, quando este já se responsabilizou e reparou os seus atos ou simplesmente deseja estabelecer um novo contexto de vida.

Nessa discussão, a imprensa, enquanto veículo formador da opinião pública é fundamental ao Estado Democrático de Direito no combate à censura no Brasil, também tutelada no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais como o direito ao livre exercício da liberdade de expressão e

¹Graduanda do curso de Direito, Universidade Católica do Salvador – UCSAL. E-mail: thainara133@gmail.com

² Art. 1º III - a dignidade da pessoa humana;

informação, deve ser ponderada e avaliada em contraposição aos Direitos da Personalidade, principalmente no que se refere ao direito de imagem, intimidade e vida privada do indivíduo.

Ao analisar a aplicabilidade do Direito ao Esquecimento, inevitavelmente haverá uma colisão entre Direitos Fundamentais devidamente elencados na Constituição Federal do Brasil, são eles: o Direito de Imagem e a Liberdade de Expressão, Informação e Imprensa. Este conflito ocorre a partir do momento em que a mídia veicula dados referentes à seara privada de alguém, trazendo à tona direitos tutelados pela Carta Magna e que se encontram em nível de igualdade. A existência dessa paridade atrai discussões e questionamentos, exigindo maior análise da situação fática, tendo em vista que não há hierarquia entre os dispositivos que aqui serão enunciados.

Assim sendo, propõe-se aqui discutir o Direito ao Esquecimento à luz da teoria dos Direitos Fundamentais, fazendo refletir qual a tutela mais pertinente à casuística. Também pretende observar como se institui a colisão entre esses direitos, como a legislação brasileira recepciona e garante a aplicabilidade do direito de ser esquecido àqueles que o pleiteiam, além de analisar qual o método mais adequado e cabível para a solução deste embate legal.

Essa discussão é de extrema relevância do ponto de vista jurídico, tendo em vista o seu caráter relativamente atual no Brasil, mas que já detém dispositivo legal, jurisprudências e considerações doutrinárias consolidadas. Sua importância também se constitui no confronto provocado entre direitos elencados na Constituição Federal, no Código Civil e demais leis infraconstitucionais. Sob o aspecto social, é imperioso que seja de conhecimento comum a sua existência, tendo em vista que muitos não sabem da possibilidade de invocar o Judiciário para que sejam esquecidos pela imprensa, quando esta rememorar fatos sofríveis ou vergonhosos referentes à sua intimidade, vida privada ou imagem.

Quanto ao ponto de vista científico, o método de pesquisa utilizado para a confecção do presente trabalho foi o dedutivo, buscando analisar e

contextualizar o problema apresentado. Em relação ao ponto de vista técnico, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, legislação interna, reportagens e análise jurisprudencial. No que concerne ao problema, o método de pesquisa aplicado foi a qualitativa, apresentando as razões e ponderações do caso em discussão.

2. Direitos da personalidade

Conforme preceitua a doutrina e a legislação pátria, os Direitos da Personalidade são verdadeiros direitos subjetivos de natureza privada e cruciais ao desenvolvimento do indivíduo, que visam a defesa de valores indissociáveis do ser humano, como os seus atributos físicos, morais e psíquicos, sendo reconhecidos de forma expressa no artigo 5º da Constituição Federal, inciso X³, visando resguardar e preservar a dignidade humana.

Os direitos acima referenciados estão categoricamente previstos em lei infraconstitucional, na defesa dos bens jurídicos da vida, da moral, da intimidade, da honra e da intelectualidade, conforme dispõem os artigos 11º ao 21º do Código Civil, tendo fulcro no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Segundo Maria Helena Diniz (2012, p.134), “os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc”.

No que concerne às características, são considerados inatos, pois são adquiridos ao nascer; imprescritíveis, pois alguns se perpetuam até após a sua morte; inalienáveis, pois em regra, não podem ser repassados a terceiros, não admitindo transmissão (em vida ou por morte) ou alienação (a título gratuito ou oneroso); e absolutos por possuírem efeito *erga omnes*, impondo à coletividade o dever de respeitá-los. Também é afirmado

³Art. 5º X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

pela doutrina que os direitos da personalidade são de caráter extrapatrimoniais, por inadmitirem avaliação pecuniária.

Os direitos da personalidade são os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, por ato voluntário, dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo. (VENOSA, 2018 ,p.176)

Não obstante, apesar de discutido exaustivamente pela legislação, doutrina e jurisprudência, são recorrentes as situações em que se configuram violações a estes direitos. Com o fito de tutelá-los e atribuir sanções àqueles que não o observar, infringindo a honra, imagem, vida privada, intimidade etc. dos indivíduos, é possível exigir cessão de ameaça ou lesão contra si, fazendo jus à reclamação por perdas e danos, conforme o artigo 12 do Código Civil⁴. Nesta senda, surge também o direito ao esquecimento como nova modalidade de proteção aos direitos aqui em questão, visando o aprimoramento do seu resguardo.

3. Direito à vida privada e intimidade

Nos tempos atuais, a violação aos direitos atinentes à privacidade tem se tornado uma constante no meio social, sendo agravados com o avanço tecnológico, aprimoramento dos veículos de comunicação, popularização das redes sociais, dos aparelhos celulares e câmeras fotográficas. A esfera privada dos indivíduos tem sido insultada de modo ostensivo, clamando por maior proteção em face dos poderes legislativo e judiciário.

A Constituição Federal de 1988 acertadamente protegeu esse direito tão aclamado e considerou a sua inviolabilidade, assegurando o pleito por indenização por danos materiais e/ou morais em decorrência do fato ocorrido. Deste modo, é notório que o direito à privacidade está consa-

⁴Art. 12º Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

grado no sistema normativo jurídico pátrio e ecoa no meio social, tendo em vista que os indivíduos têm ciência do que não pode ser infringido quando se trata da sua personalidade.

Deste modo, é imperioso elucidar que a vida privada e a intimidade são espécies dos direitos da personalidade, previstas na lei constitucional e civilista, detendo notável relevância para o embasamento do Direito ao Esquecimento. Em razão das suas subjetividades, inúmeras vezes são confundidas como sinônimos, quando na verdade são distintas.

Apesar da semelhança entre os seus conceitos, a vida privada e a intimidade são diferentes, pois aquela é menos secreta que esta. A vida privada seria a vida pessoal do indivíduo que não abrange somente os seus aspectos internos, mas também a relação com o seu núcleo social. Conforme preceitua Dirley da Cunha Júnior (2015, p.573), “Não diz respeito aos segredos restritos da pessoa, mas sim à sua vida em família, no trabalho e no relacionamento com os seus amigos, enfim, a vida privada é sempre um viver entre os outros mas que também exige uma certa reserva.”

Quanto à intimidade, compreende-se como a área mais reservada da vida do ser humano, estritamente pessoal, secreta e exclusiva, reservada para si e que guarda a sua essência, como por exemplo, suas memórias, recordações e vivências que não são compartilhadas nem mesmo com sua família e amigos, não há repercussão social, e por conta disso, lhe é atribuída uma natureza de direito subjetivo autônomo. É a proteção dos seus segredos mais íntimos, como sua vida amorosa, orientação sexual, documentos pessoais, suas convicções, cartas confidenciais, incluindo também a inviolabilidade do domicílio e da correspondência, e o sigilo profissional.

Deve haver sempre posição firme do jurista no sentido de defender a preservação da intimidade, tantos são os ataques que sofre modernamente. Não se pode permitir que a tecnologia, os meios de comunicação e a própria atividade do Estado invadam um dos bens mais valiosos do ser humano, que é seu direito à intimidade, direito de estar só ou somente na companhia dos que lhe são próximos e caros. As fotografias e imagens obtidas à socapa, de pessoas no recôndito de seu lar, em atividades essencialmente privadas, são

exemplo claro dessa invasão de privacidade, que deve ser coibida e pode gerar direito à indenização. Os fatos mezinhos da vida privada de cada um não devem interessar a terceiros. Tanto mais será danosa a atividade quanto mais renomada e conhecida socialmente for a vítima, mas todos, independentemente de seu nível de projeção social ou cultural, gozam da proteção. (VENOSA, 2018, p. 189)

4. Direito à imagem

Numa sociedade repleta de artificios tecnológicos e com o acesso rápido às informações, torna-se imprescindível salientara respeito do direito de imagem, direito personalíssimo que constantemente sofre ameaças e violações, tendo por escopo o resguardo dos atributos físicos da pessoa, como o seu corpo, seus gestos, atitudes, entre outros, estando previsto no artigo 5º, X e XXVIII, alínea “a”, da Constituição Federal⁵, bem como no artigo 20º do Código Civil.⁶

O direito à própria imagem integra, pois, o rol dos direitos da personalidade. No sentido comum, imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc. de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto. (GONÇALVES; 2018, p. 211)

Ao passo que a tecnologia evolui e os meios de comunicação se expandem, o direito à imagem tem sido objeto de discussões com maior assiduidade, tendo em vista o receio que paira na sociedade diante das exposições que vem se emergindo consideravelmente com o excesso de captação e exploração de imagens, muitas vezes indevidas e com cunho depreciativo, provocando danos à moral do indivíduo.

5 XXVIII - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

6 Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Por conseguinte, é cabível o pleito de ressarcimento quando ocorrer a violação a este direito constitucionalmente tutelado, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça na súmula Nº: 403⁷, que afirma o dever de indenização por publicação não autorizada de imagem da pessoa com fins econômicos ou comerciais, e que para tanto, não depende de provas ou prejuízos. Nessa acepção, compreende Sidney César Silva Guerra:

Cabe ressaltar, também, que, mesmo que haja um contrato entre o titular da imagem com uma pessoa qualquer, esta só poderá utilizar a imagem daquela, dentro dos limites estabelecidos dentro do acordo de vontades, pois, se forem ultrapassados estes limites, isto ensejará, da mesma forma que o caso precedente, a reparação de dano. (GUERRA; 2004, p.65)

No entanto, ainda que haja indenização em situações de exposição indevida de imagem, o Direito ao Esquecimento se apresenta com equivalente relevância, tendo em vista a importância existente em excluir imagens e informações veiculadas de forma inconveniente, repercutidas no meio social. Ainda que não seja possível retirar tais imagens do imaginário daquelas que a viram, ao menos evita que outras pessoas tenham acesso, impedindo a perpetuação do dano à moral do indivíduo.

Também deve ser pontuado a respeito do direito de imagem auferido às pessoas públicas, como artistas, ocupantes de cargos públicos, esportistas, *socialites*, membros de famílias reais, renomados empresários, entre outros. Quando estes reivindicam a tutela constitucional em questão, muitas vezes encontram dificuldades devido à exposição da sua imagem que é feita corriqueiramente.

As figuras públicas não possuem o mesmo condão de protestar as exposições que são feitas de si da mesma maneira que um anônimo, no entanto, não perdem a proteção da sua esfera privada, apenas sofrem uma mitigação em virtude do seu caráter público, consequência da sua

⁷Súmula n. 403. Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

profissão ou nascimento. Fatos da sua vida pessoal não dizem respeito à opinião pública, determinados atributos atinentes à sua personalidade devem restringir-se somente ao seu conhecimento, independente da razão que enseja a sua fama.

5. Liberdade de expressão, informação e imprensa

À mesma instância em que os Direitos da Personalidade devem ser observados, escudando a vida privada, intimidade e imagem do indivíduo, em contrapartida estão as liberdades de informação, expressão e imprensa, direitos fundamentais também compilados na Constituição Federal, atributos do Estado Democrático de Direito, e que após longo período de opressão e censura presentes nos 21 anos de Ditadura Militar, devem ser resguardados e velados pela sociedade e pelo poder público.

O direito de receber informações consiste em um direito de liberdade caracterizada essencialmente por ser dirigido a todos, tendo como finalidade o incentivo à formação do pensamento de cada pessoa. [...] A liberdade de expressão abarca toda opinião e julgamento sobre qualquer pessoa ou coisa [...] liberdade de imprensa, reconhecida aos meios de comunicação em geral por transmitirem fatos e ideias de acontecimentos ocorridos regional ou nacionalmente. (COSTA; LOBO, 2018, p.154)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, IX, declara que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.” Logo, compreende-se que tais direitos, partindo do pressuposto da liberdade de pensamento e de comunicação, jamais poderão ser alvos de supressão por parte da opinião pública, dos poderes legislativo, executivo e judiciário, desde que mantenham a razoabilidade, cautela e veracidade perante os fatos relatados.

A liberdade de expressão permite a livre propagação dos pensamentos, informações e opiniões, seja ela política, artística, científica, religiosa ou de cunho jornalístico, sendo ou não de interesse coletivo, através dos variados meios de comunicação. Também permite a divulgação de sensa-

ções, sentimentos e criatividade através do teatro, da literatura, da pintura, da música, etc, garantindo a todos a plena capacidade de se expressar livremente.

Já a liberdade de informação, regulamentada de forma ostensiva pela Lei nº: 12.527/2011⁸, possui três aspectos fundamentais: o direito de informar, de se informar e de ser informado. Consiste em um direito de liberdade que é dirigido a todos, almejando a formação do pensamento e do intelecto social, caracterizado pela procura, acesso, recebimento e propagação de ideias por vários intermédios, porém, não impede a responsabilização em situações de ilicitude. Dirley da Cunha Júnior pontua da seguinte forma:

Desse modo, em razão do direito de ser informado e do princípio da publicidade, é dever do Estado garantir a todos o direito de acesso a informações de seu interesse particular; ou de interesse coletivo ou geral, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão. (DA CUNHA JÚNIOR; 2015, p. 561)

Além daqueles referenciados acima, existe uma espécie do gênero “Liberdade de Informação”: a liberdade de imprensa ou de informação jornalística, que consiste no direito de transmitir a notícia e sobre ela atribuir críticas ou comentários jornalísticos. Esse direito é reconhecido pelos meios de comunicação por conta da difusão que é feita dos acontecimentos atuais e relevantes de interesse comum, ou para rememorar eventos pretéritos no intento de resguardar o direito à memória da coletividade, sofrendo restrições pela lei apenas em situações excepcionais, para que haja proteção de outros valores com a mesma relevância constitucional, como por exemplo, os direitos da personalidade.

Contudo, apesar de ser vedada a limitação desses direitos, sob pena de recair em censura, é crucial a cautela auferida ao que for veiculado, principalmente com relação à liberdade de imprensa, tendo em vista que as informações são lastreadas de modo acelerado, e muitas vezes fatos de

8 Lei de Acesso à Informação - LAI

foro íntimo são expostos sem necessidade e com ausência de caráter jornalístico, apenas clamando por audiência e especulação, o que pode acarretar danos irreparáveis àquele que está sendo exposto.

Desta forma, a liberdade de expressão, informação e imprensa devem ser exercidas com a devida precaução. É necessário se atentar ao que é propagado, pois inúmeras pessoas conseguirão ter acesso àquele conteúdo, que não raras às vezes são depreciativos, acarretando sofrimentos, problemas psicológicos, dificuldades de convívio e inserção social, por eventos pessoais que não possuem pertinência contemporânea.

6. Direito ao esquecimento

A necessidade de proteger aspectos inerentes à personalidade humana encontra um empecilho diante de muitos conteúdos expostos pelos meios eletrônicos e impressos de comunicação, que muitas vezes detém um viés expositivo e sensacionalista. Tal fato enseja a discussão acerca da necessidade de adotar mecanismos eficientes para a proteção dos direitos inerentes à personalidade dos sujeitos envolvidos, fazendo surgir uma nova modalidade de salvaguarda nesta seara: o direito ao esquecimento.

Enquanto espécie do gênero “Direitos da Personalidade”, o direito ao esquecimento pode ser considerado como um super-direito ou multi-direito, na medida em que procura tutelar, a um só tempo, a honra, a imagem e a memória individual. Tem como escopo a proteção da dignidade e personalidade humana, almejando o resguardo da vida privada, que diz respeito somente à esfera pessoal do indivíduo.

Nesse cenário, há colisão entre dois valores constitucionais, quais sejam, os direitos da personalidade ora explorados na situação fática e a liberdade de expressão, informação e imprensa, cuja relevância é indiscutível para a manutenção da sociedade democrática.

Esse novo direito surge com a expressão inglesa *right to be alone*, que traduz a possibilidade de um indivíduo impedir que um fato ocorrido no passado seja eternamente exposto ainda que hajaveracidade, com o an-

seio de evitar angústia e vergonha, oportunizando que o ordenamento jurídico “apague o passado”, retirando dos meios de comunicação as notícias que venham comprometer a vida privada, intimidade e imagem daquela pessoa.

O Direito ao Esquecimento tem o seu primeiro registro no ano de 1931 no estado da Califórnia, nos Estados Unidos, por intermédio da polêmica em torno do filme “The Red Kimono” de 1925, que retrata a história verídica da prostituta Gabrielle Darley, absolvida de uma acusação de homicídio. A autora afirmou que tal obra interferiu de forma negativa em sua vida pessoal, tendo em vista que não mais se prostituía e estava casada.

Outra situação ocorreu em 1969, na Alemanha, conhecido como o caso *Lebach*, quando um canal de televisão alemão produziu um documentário a respeito do crime ocorrido na cidade de Lebach no referido ano, situação em que quatro soldados foram assassinados enquanto dormiam. Um dos condenados por este crime, ao sair da prisão com o intuito de voltar para sua cidade natal, afirmou que o documentário produzido violava os seus direitos de personalidade e prejudicava sua ressocialização na sociedade.

O direito ao esquecimento é um direito fundamental exercido por quem se sentir exposto de modo leviano, no intento de resguardar aquilo que não deseja ser rememorado e que também não deve ser de conhecimento público, é o direito de impedir que as informações pessoais sejam revividas de modo descontextualizado. É o desejo por ser esquecido, pleiteando que determinados fatos íntimos revelados sejam excluídos da pauta midiática, essencial ao exercício do livre arbítrio na formação da personalidade humana, haja vista que todos têm o direito de se arrepender de fatos pretéritos.

Em linhas gerais, o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou de reescrever a história – ainda que seja a própria história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos pretéritos ligados a si, mais especificamente no que

tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados. (DE FARIAS; ROSENVALD; 2017, p.204):

No Brasil não existe norma ou lei que o regulamente de forma específica, no entanto, esse tema passou a ter respaldo jurídico através da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos do Judiciário do Conselho da Justiça Federal/STJ, com a aprovação do Enunciado 531, que aduz o que se segue:

Enunciado 531 - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil. Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Importante também salientar a função desempenhada pela internet neste contexto, informações veiculadas neste campo nem sempre dotam de atualidade e utilidade, e lá permanecem por um longo período, posto que, ao contrário dos jornais e revistas impressas que se esvaem ao longo do tempo, o meio virtual consegue mantê-los *ad aeternum* e rememorar fatos obsoletos, caracterizando, pois, o obstáculo enfrentado na aplicabilidade do direito ao esquecimento na rede *web*.

7. O direito ao esquecimento no conflito entre o direito de imagem e o direito à liberdade de expressão, informação e imprensa

A Carta Constitucional de 1988 assegura a livre manifestação e expressão da imprensa (arts. 5º, IX⁹, e 220, §1º e §2º¹⁰), exercida por

9IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

diversos órgãos e instituições, e veda expressamente a censura, do mesmo modo que protege legalmente os direitos inerentes à personalidade, que detém o *status* de cláusula pétrea¹¹.

Entretanto, o exercício do direito à informação não é feito de modo incondicional, sem limites, é necessário que haja prudência em observância aos direitos personalíssimos, que possui como base o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana¹². Neste cenário também se faz presente o direito de imagem, que não é absoluto da mesma forma, sob o risco de decair em reprimenda jornalística, o que é indubitavelmente proibido.

Na análise da aplicabilidade do direito ao esquecimento, é inevitável o confronto entre o direito de imagem, espécie dos Direitos da Personalidade, e os direitos concernentes à liberdade de expressão, informação e imprensa, tendo em vista que são estes os valores em voga. Perante esta situação, se faz necessário inquirir se as notícias veiculadas são de real interesse da coletividade ou se apenas especulam a respeito da vida particular do indivíduo.

É indispensável que uma série de indagações sejam realizadas antes de propagar ou evocar qualquer ocorrido, como por exemplo, saber se o interesse público sobrepuja ao fato noticiado, se há necessidade de lembrar fatos pretéritos e qual o impacto disso, se intenta assegurar o direito à memória da sociedade, asseverando ao povo os conhecimentos históricos, garantindo a compreensão dos fatos norteadores do presente e seus reflexos no futuro, ou se há apenas uma conjectura maldosa.

10Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

11Art. 60 da Constituição Federal. § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

12Art. 1º da Constituição Federal. 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;

Nesse diapasão, cumpre salientar que a Lei do Marco Civil¹³, também conhecida como Marco Civil da Internet, representou um avanço no regulamento do uso da internet no Brasil e um melhoramento na estrutura de combate às violações aos direitos personalíssimos que são cometidos no campo virtual, externando através dos seus artigos as medidas cabíveis para a retirada de conteúdos indesejados pelos usuários vitimados e que estejam de livre acesso na rede, e mais uma vez ratificando a necessidade da inviolabilidade dos conteúdos pertinentes à seara íntima ou privada das pessoas¹⁴.

À vista disso, perante o confronto entre os direitos fundamentais, é crucial que haja minuciosa análise do caso concreto para que não haja violação dos direitos da personalidade, assim como deve haver cautela para que a excessiva proteção a esses direitos não decaia em censura. Ou seja, deve prevalecer o direito mais pertinente à situação fática, e para isso, necessário se faz a utilização da técnica de ponderação ou sopesamento de normas, haja vista a inexistência de hierarquia entre os direitos tutelados.

Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto, qual o interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 193)

Neste mesmo segmento, o filósofo do direito alemão, Robert Alexy, um dos estudiosos dessa técnica, trouxe a ideia do sopesamento de normas e princípios em situação de conflitos jurídicos, impondo a invalidade de uma das normas, ligada à noção de proporcionalidade, de acordo

13 Lei n°: 12.965, de 23 de abril de 2014

14 Art. 7º da Lei n°: 12.965. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

com o que se apresenta na situação. Essa teoria apresenta uma solução para os casos em que os direitos fundamentais se colidem. Para este jurista, “Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em umas das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” (ALEXY, 2008, p. 92)

Ainda que o *righttobealone* seja considerado um direito personalísimoresguardado pela Carta Magna, conseqüentemente também gozando do *status* de um direito fundamental, compreende-se que não é absoluto, mas sim, suscetível a limitações e relatividade, assim como aqueles que foram discutidos anteriormente, posto que é analisado diante de outros direitos fundamentais de mesma equivalência. Por esta razão, a análise e a ponderação do caso fático são imprescindíveis para que seja aplicada a técnica do sopesamento de normas e se obtenha um resultado eficaz, adequando à casuística a tutela mais cabível e coerente.

8. Aplicabilidade do direito ao esquecimento no Brasil

No Brasil, apesar de não haver legislação que trate o direito ao esquecimento de forma exaustiva, por ser uma tese relativamente atual, o Superior Tribunal de Justiça já discutiu a respeito e considerou a necessidade da sua aplicabilidade em situações que evidenciam a violação ao direito de imagem, em que este se encontrava mais latente ao caso concreto que a própria liberdade de expressão, informação e imprensa, como ao dar provimento ao recurso especial de nº: 1.334.097 – RJ, julgado em 2017.

No presente caso, um homem absolvido de participar do episódio nacionalmente conhecido como “Chacina da Candelária”, ocasião em que oito jovens foram assassinados na cidade do Rio de Janeiro em 1993, treze anos depois foi convidado e se recusou a conceder uma entrevista à Rede Globo de Televisão a respeito do ocorrido, no entanto, mesmo com a sua negativa, a matéria foi reproduzida pelo programa Linha Direta da

emissora, explicitando o seu nome, imagem e apontando-o como suspeito do crime, apesar de ter sido afirmada a sua absolvição.

A Corte Superior compreendeu que o sujeito fazia jus ao Direito ao Esquecimento, pois não havia necessidade alguma da sua exposição, seria plenamente possível executar a matéria jornalística e relatar os fatos sem que para isso enunciasse as suas informações. Deste modo, restou configurado o dano moral, sendo a emissora condenada ao pagamento de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) a título indenizatório. Outro ponto a ser analisado nesta situação fática é que se trata de um crime bárbaro, qualquer elemento desse evento que seja atribuído a alguém, ainda que seja comprovada a sua inocência, pode prejudicar a sua reinserção social.

Segue trecho do julgado proferido pelo Ministro Humberto Martins (2017, p. 2):

Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela urgência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.

Em contrapartida, há registros em que o direito ao esquecimento foi invocado e denegado em virtude do direito à liberdade de informação ser preponderante na casuística, além da impossibilidade de desassociar a vítima como elemento do delito em determinados contextos, como por exemplo, no caso “Aída Curi”, nacionalmente conhecido e também julgado pelo STJ. Aída Curi foi uma jovem de 18 anos brutalmente violentada e assassinada por dois rapazes na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1958, situação em que sofreu agressão, tentativa de estupro e foi arremessada do 12º andar de um edifício na Avenida Atlântica, bairro de Copacabana.

A história desse crime também foi relatada pelo programa Linha Direta da Rede Globo de Televisão, com a exibição do nome e imagens da

vítima. Os familiares da jovem assassinada ajuizaram ação por considerar que esta conduta trouxe muito sofrimento ao lembrar e reviver todo o ocorrido. No entanto, ao chegar ao conhecimento do STJ, recurso especial nº: 1.335.153/RJ, a corte entendeu que não seria cabível a aplicação de indenização por danos morais e do direito ao esquecimento, haja vista que é impossível separar os dados da vítima do fato ocorrido, neste caso, os direitos à informação e à memória prevaleceram.

Vale acompanhar trechos da decisão do Ministro Luis Felipe Salomão (2014, p.2):

Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.

(...)

A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

Ainda sob a pauta da preservação dos direitos inerentes à informação, é imperioso salientar a necessidade e relevância em se rememorar fatos pretéritos pela importância do seu caráter histórico e informativo, resguardando o direito à memória da sociedade, trazendo conhecimento e até mesmo proteção coletiva ao relatar guerras, epidemias e desastres, provocando reflexões e prevenções para que situações semelhantes não se repitam. Não obstante, em casos específicos, é vedada a exposição dos envolvidos para se evitar constrangimentos e danos à esfera moral daqueles que foram elucidados.

No Brasil, a título de exemplo, é possível citar o famoso caso “Césio-137” ocorrido na cidade de Goiânia-GO em 1987, em que catadores de

lixo, desinformados dos danos e perigos iminentes, retiraram um componente químico de um aparelho para tratamento de câncer em uma clínica abandonada. Este objeto era uma porção de 19 gramas de cloreto de céscio, elemento químico altamente radioativo e nocivo à saúde. Com isso, inúmeras mortes e pessoas infectadas foram registradas, aqueles que foram a óbito tiveram os seus sepultamentos realizados em caixões de chumbo para evitar que a radioatividade emanada dos seus corpos chegasse à superfície e dificultasse a situação gravosa que já se encontrava.

9. Conclusão

Diante o exposto, apesar do direito ao esquecimento estar enquadrado como um dos Direitos da Personalidade, constata-se que não é dotado de caráter incontestável, posto que é analisado diante de outros direitos fundamentais com o mesmo patamar constitucional. A sua prevalência ou a preponderância da liberdade de expressão, informação e imprensa dependerá do que se está em voga, pois existe uma tenuidade entre esses direitos, tornando-se imprescindível a interpretação sistemática e o juízo de ponderação.

O filósofo alemão Robert Alexy traz uma solução a esse entrave, em que os direitos fundamentais aqui tratados devem ser sopesados na casuística, fazendo-se necessário o equilíbrio e adequação, invalidando uma norma em detrimento de outra por ser o meio mais justo e eficaz para a resolução do conflito apresentado.

Essa discussão faz refletir acerca dos direitos e deveres inerentes a cada pessoa, trazendo à tona o cuidado que deve ser auferido às informações disseminadas pelos meios comunicativos, principalmente quando carregam em seu bojo informações que se relacionam unicamente à esfera privada do indivíduo, que em diversas oportunidades, acarretam em constrangimentos e exposições indevidas.

Conclui-se, portanto, que a sua aplicabilidade é relativa e quando cabível é essencial à proteção dos direitos personalíssimos. O instituto do

righttobealone permite ao indivíduo compor uma nova trajetória para a sua vida, pois os fatos do seu passado devem estar restringidos somente à sua esfera particular. Isso faz refletir que os erros e arrependimentos fazem parte da convivência social, logo, não seria coerente que alguém fosse constantemente atormentado por um tempo pretérito de infelicidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008

BBC, **Como césio-137 em Goiânia pôs Brasil no mapa de piores acidentes radioativos do mundo**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-45783343>> Acesso em: 09 set. 2019

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 27 ago. 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 25 ago. 2018

BRASIL. **Lei nº 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 26 ago. 2019

BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 01 set. 2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial de nº: 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7). Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: <https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?sequencial=76908860&tipo_documento=documento&num_registro=201201449107&data=20171011&tipo=o&formato=PDF> Min. Humberto Martins. Brasília, 11 out. 2017. Disponível em: Acesso em: 07 set. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial de nº: 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0). Recorrente: Maurício Curi/Nelson Curi/Roberto Curi/Waldir Curi. Recorrido: Globo Comunicações e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 01 ago. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=36170660&num_registro=201100574280&data=20140801&tipo=91&formato=PDF> Acesso em: 08 set. 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 403. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf> Acesso em: 28 ago. 2019

BRASIL. VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal. Enunciado 531. Coordenador: Rogério Meneses Fialho Moreira. Brasília, 11 e 12 mar. 2013. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>> Acesso em: 29 ago. 2018.

BOZÉGIA MOREIRA, Poliana. Direito ao esquecimento. **Revista de Direito**, [S.l.], v. 7, n. 02, p. 293-317, fev. 2016. ISSN 2527-0389. Disponível em: <<https://periodicos.ufv.br/ojs/revistadir/article/view/1572>> Acesso em: 26 ago. 2018.

COSTA, Jéssica Hind Ribeiro; LOBO, Antônio Fernando Ferreira. O Direito ao Esquecimento frente à era digital. In: FIGUEIRÊDO NETO, Pedro Camilo de; FREITAS, Marcelo Politano de (Coord.). **Multidireitos III: pela construção de um Direito singular e plural**. Salvador: Mentis Aberta, 2018. p.149-165

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2015

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. 15ª ed. Vol I. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 29ª ed. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2012

DIVINO, Sthéfano Bruno Santos; SIQUEIRA, Lucas André Viegas Carvalho de. O DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa

Maria, RS, v. 12, n. 1, p. 218-236, abr. 2017. ISSN 1981- 3694. Disponível em: <doi:http://dx.doi.org/10.5902/1981369424579.> Acesso em: 25 ago. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 16. ed.Vol I. SãoPaulo : Saraiva Educação, 2018.

PIMENTEL, Alexandre Freire; CARDOSO, Mateus Queiroz. A REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA LEI DO MARCO CIVIL DA INTERNET E A PROBLEMÁTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES. **Revista da AJURIS**, Rio Grande do Sul, v. 42, n. 137, p. 47, mar. 2015. Disponível em: <<http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/376/310>> Acesso em: 01 set. 2019

PINHEIRO, Denise; MARTINS NETO, João dos Passos. LIBERDADE DE INFORMAR E DIREITO À MEMÓRIA - UMA CRÍTICA À IDEIA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO. **Revista Novos Estudos Jurídicos - NEJ**, Santa Catarina, v. 19, n. 3, p. 816, 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <Doi: 10.14210/nej.v19n3.p808-838>Acesso em: 30 ago. 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 18ª ed. São Paulo : Atlas, 2018.

**Fake news:
como a liberdade de expressão se tornou uma ameaça às
garantias constitucionais nas eleições de 2018**

*Arantxa Honorina Leão Batista dos Prazeres*¹

*Maria Clara Ponte de Souza*²

1. Introdução

O modo de difusão de informações na contemporaneidade pluralizou o acesso ao conhecimento, permitindo que mais camadas da sociedade pudessem alcançar as pautas correntes nos veículos midiáticos. Isso ocorreu principalmente com a popularização da internet e dos smartphones. Os grandes vetores da mídia e do jornalismo passaram a atuar neste campo, divulgando e produzindo suas matérias através de sites em paralelo com as revistas e jornais. Tendo em vista que a imparcialidade é uma utopia, os grandes expoentes jornalísticos mantêm um nível mínimo de veracidade e ética mesmo no ambiente digital, conservando a transparência. Porém, este ambiente não possui limites bem definidos para todos até então. A origem de materiais na internet ocorre conforme a vontade de seus produtores, que podem facilmente se manter no anonimato, gerando conforto para propagação dos mais diversos conteúdos, de teor duvidoso e até criminoso. Os processos naturais da democracia

¹ Discente do VII semestre do curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB e membras do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo – NEDIC.

² Discente do VII semestre do curso de Direito da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB e membras do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo – NEDIC.

passaram a ser afetados por estes novos meios através do consumo de notícias. No cenário brasileiro, o tratamento dessas notícias é ponderado sob o prisma dos direitos fundamentais da Constituição de 1988, o que gera atualmente conflitos entre princípios e debates entre doutrinadores e juristas.

2. Fake news: expansão de um fenômeno

Fake news, termo que em tradução literal significa notícia falsa, é um fenômeno mundial advindo destes novos meios de comunicação. É fruto do que alguns estudiosos estão chamando da era da pós-verdade, que segundo o dicionário Oxford se encontra no contexto “relativo ou referente a circunstâncias nas quais os fatos objetivos são menos influentes na opinião pública do que as emoções e as crenças pessoais”. As fakenews se incluem na pós-verdade na medida em que apelam para as crenças dos consumidores para propagar informações distorcidas, parciais ou completamente falsas. Essas notícias passaram a integrar o debate político e social, fomentando discursos independentes da ética e comprovação factual. Segundo CAJÚ (2017):

O que acontece contemporaneamente é que há uma perda na capacidade de averiguação do que é verdadeiro, uma crise epistemológica. Assim, as informações são repassadas sem se preocupar com a veracidade do que foi dito, logo, quem lê a informação acha que se trata de algo verdadeiro. (pg.3)

O controle de informações sempre foi um ponto chave na construção de regimes autoritários e/ou populistas, com as propagandas e a perseguição às opiniões contrárias. Na conjuntura ocidental política atual que preza pela democracia a obtenção de controle de forma explícita é limitada pelas instituições que mantêm o equilíbrio entre os poderes e as liberdades individuais. Porém, as fakenews adentraram este aspecto no liame subjetivo que, na área cinza que dita o que pode ser visto como

atentado à democracia e a limitação que pode ser visto como atentado à liberdade de expressão.

Essas notícias passaram a ser divulgadas com propósitos mais direcionados durante campanhas eleitorais para convergir público em torno de um candidato ou para manter determinado governo com a popularidade alta. Este é o exemplo do governo Putin, da Rússia, que utiliza a imagem do líder do governo para criar um mártir a ser admirado, impulsionando a população a não observar as falhas do governante. Esse controle foi possível através da monopolização da mídia, com a criação de um canal dominante em toda Rússia e que foi evoluindo conforme os meios de comunicação foram se diversificando.

O que caracteriza uma Fake News mais precisamente além de serem notícias propositalmente falsas, são as intenções obscuras existentes na divulgação massiva na era da internet destas histórias falsas, comumente usadas como forma de manipular as massas e suas opiniões públicas em encontro de um interesse político específico. (PENA, 2018, pg. 136)

3. Eleições de 2018

O termo fake news foi popularizado em 2016 durante a eleição dos Estados Unidos, na qual o ex-apresentador de televisão Donald Trump (Partido Republicano) se tornou o presidente. Durante a campanha, foi notória a quantidade de notícias com conteúdo duvidoso que foram circuladas. As notícias apelavam para o público conservador, branco e ultranacionalista que vive principalmente no interior do país, que mostravam descontentamento com as políticas progressistas implantadas nos anos do governo Obama (Partido Democrata) e se tornaram o eleitorado chave para ascensão de Trump. “Somente no Facebook, 115 histórias falsas a favor de Donald Trump, foram compartilhadas 30 milhões de vezes, contra 41 histórias falsas pró-Clinton compartilhadas 7,6 milhões de vezes” (PENA, 2018, pg. 140).

A desconfiança que é gerada com as fakenews se propaga mesmo após o fim do período eleitoral, pois passa a integrar o cotidiano do go-

verno. Trump provou que a instabilidade é um solo fértil para administrações insatisfatórias, pois a descrença é usada por ambos os lados, ou seja, as críticas ao governo também são tratadas por este como se fosse notícias sem crédito, de forma que a população se vê desnordeada.

As notícias falsas se apresentam no contexto mundial, se expandindo para todas as principais eleições do Ocidente. A estratégia tem se caracterizado como um plano de campanha, principalmente da extrema direita, que utiliza o sensacionalismo das notícias e a desvirtuação da verdade para introduzir pautas antidemocráticas e intolerantes como se fossem frutos legítimos do governo popular.

No Brasil, o representante desta classe é o atual presidente Jair Bolsonaro, que apesar de ter passado 23 anos no Congresso, foi propagandeado ao público como um candidato “antipolítico”, ou da “nova política”. Durante as eleições de 2018, o então candidato agregou um número expressivo de apoiadores nas classes populares desbancando os outros candidatos que possuíam um histórico mais sólido de campanhas políticas e um número mais expressivo de tempo nas mídias tradicionais como rádio e TV. Por exemplo, o candidato Geraldo Alckmin do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), concorrente direto de Bolsonaro por se apresentar como opção para os eleitores liberais e como uma escolha de “mercado”, possuía mais da metade do tempo nesta mídia no horário eleitoral, porém no resultado final do primeiro turno obteve somente 4,8% dos votos válidos.

Assim como Trump em 2016, a campanha de Bolsonaro foi marcada por polêmicas e pela disseminação de informação através das mídias sociais, além da grande polarização, nesse caso, em oposição ao candidato do Partido dos Trabalhadores, Fernando Haddad. Para alimentar o clima de instabilidade e agregar eleitores, Bolsonaro foi impulsionado pelo uso explícito de fake news. Durante o segundo turno, em 18 de outubro de 2018, o Jornal Folha de São Paulo divulgou reportagem expondo a utilização de empresas responsáveis exclusivamente por espalhar conteúdo através do Whatsapp. Foi apurado que as empresas receberiam

verba não declarada pela gestão de campanha para pagar fontes de disparos de notícias por meio de um banco de dados gerenciado, através da utilização dos chamados *bots*. Dessa forma, a empresa poderia analisar o público mais receptivo e utilizar a divulgação pontual de notícias, não necessariamente factuais, de modo que se espalhassem com facilidade e funcionassem como propaganda.

Os bots sociais, ao se passarem por pessoas reais divulgando notícias e apresentando opiniões, transformam-se numa ferramenta para gerar massa crítica de compartilhamento de notícias nos diversos veículos de comunicação online e conseqüentemente tornaram determinados fatos, verídicos ou não, parte da narrativa mainstream. Nesse sentido, o que diferencia o atual fenômeno das fake news de formas mais antigas de desinformação é justamente sua escala massiva e sua veiculação online. (Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getulio Vargas, 2018.)

As notícias falsas que ganharam destaque nas redes sociais possuem a característica de apelar para o senso comum, gerando uma comoção pelo teor usualmente moralista direcionado para os públicos menos críticos, capacitando sua rápida disseminação.

O controle judicial das fake news pela Justiça Eleitoral, portanto, não viola o direito à liberdade de expressão, ao contrário, assegura aos eleitores que formem sua convicção com base em informações verídicas, a fim de garantir a autenticidade da representação do eleito, pois é mais do que necessário preservar e garantir plenamente a igualdade de competição entre os candidatos. (GOMES, 2018)

4. Conflito de direitos: limitações à liberdade de expressão

A Constituição da República de 1988, que institui e instrumentaliza o Estado Democrático de Direito, traz uma série de garantias e direitos fundamentais ao desenvolvimento individual e social, corolários do princípio-mor da dignidade da pessoa humana, e também à própria democracia, superado o regime militar. Dentre eles, a liberdade de expressão, a livre manifestação e a liberdade de imprensa asseguram o

direito de qualquer indivíduo manifestar, livremente, opiniões e pensamentos pessoais sem medo de retaliação ou censura por parte do Estado ou de seus semelhantes.

A previsão contida no Inciso IV, do Artigo 5º, da CF/88, qual seja “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, compatibiliza a liberdade de expressão com outros princípios assegurados constitucionalmente, inserindo a vedação ao anonimato como um medida de responsabilização daqueles que excedam o seu direito ao invadir na esfera jurídica do outro. Já no Inciso XIV do mesmo artigo “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional” fica explícita a exceção à vedação do anonimato nos casos em que é necessário para algum profissional se manter sem identificação para sua própria integridade. Também na Carta Magna, no Artigo 220, há proibição a “qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Recorrentemente é visto que meios de divulgação de notícias falsas se valem do anonimato injustificado, considerando o propósito antiético da propagação, para repercutir seus atos, de modo que se mantenham à margem de um possível controle posterior vindo do Poder Judiciário.

Dessa forma, à luz da hermenêutica constitucional, a criação e disseminação de notícias falsas podem ser combatidas, não como forma de cerceamento da liberdade de expressão, mas para assegurar a legitimidade dos procedimentos democráticos, que devem ser pautados em informações verídicas de modo que seja assegurado a todos os cidadãos o direito ao voto livre e consciente, tendo em vista que o princípio da soberania popular é basilar no Estado Democrático de Direito. Ou seja, apesar de não ser possível combater a criação dessas notícias, a responsabilização de quem se aproveita de um amplo para fins políticos é necessário para manter a integridade dos regimes democráticos.

O sufrágio universal é, afinal, a concretização do princípio basilar do Estado Democrático que é a soberania popular, contida no primeiro artigo da Constituição Federal. Alterar ou manipular a opinião popular

através de notícias falsas durante campanhas políticas desvirtua o sentido básico da Democracia representativa, pois o poder que deveria emanar do povo, a vontade popular, é deturpada em nome dos interesses individuais dos candidatos.

O resultado das eleições é uma das principais manifestações da soberania popular. É um evento único na democracia, em que o poder do povo transpõe no resultado de uma disputa eleitoral para a escolha dos próximos governantes. É essa soberania que os legitima a tomarem a frente do povo, representando-o. (SILVA, 2014).

5. Alternativas de combate às fake news

Embora as fake news sejam um fenômeno novo para o direito brasileiro, o ordenamento jurídico já apresenta dispositivos para coibir a divulgação de informações falsas, que visem à obtenção de vantagem indevida ou que afetem a honra de determinado indivíduo, como a tipificação dos crimes contra a honra (Artigos 138 a 140, do Código Penal) que punem os autores de calúnia, difamação e injúria, inclusive quando praticados por meios digitais. Quanto à regulamentação do ambiente digital, a Lei Nº 12. 865/2014 (Marco Civil da Internet) regula o uso da Internet no Brasil, instituindo princípios, garantias, direitos e deveres para os usuários e também determinando diretrizes para a atuação do Estado.

No âmbito do Direito Eleitoral, cuja finalidade é garantir o exercício da cidadania em todas as suas formas e em toda sua plenitude, conforme a redação do Artigo 237, da Lei Nº 4.737/1965, “a interferência do poder econômico e o desvio ou abuso do poder de autoridade, em desfavor da liberdade do voto, serão coibidos e punidos”. A Resolução Nº 23.551/2017, do Tribunal Superior Eleitoral, que em seu Artigo 22, § 1º, prececiona que “a livre manifestação do pensamento do eleitor identificado ou identificável na internet somente é passível de limitação quando ocorrer ofensa à honra de terceiros ou divulgação de fatos sabidamente inverídicos”, assim como também o Artigo 323, do Código Eleitoral, tipifica como crime:

Art. 323. Divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado.

Pena - detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multa.

Parágrafo único. A pena é agravada se o crime é cometido pela imprensa, rádio ou televisão.

É também um recurso assegurador da legitimidade das eleições a Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE), prevista na Lei Complementar Nº 64/1990, que possui como hipóteses de cabimento o abuso do poder político ou econômico e o uso indevido dos meios de comunicação social, podendo ser alvo aquele que contribui para o ato, responsável direto, como também o candidato diretamente beneficiado.

Além dos dispositivos existentes, segundo levantamento realizado pelo site Pública em meados de 2018, tramitavam no Congresso Nacional 20 projetos de lei para criminalizar as fakenews. Dentre eles, se destacam o PL nº 9.533/2018, atualmente sujeito à apreciação do Plenário apresentado pelo Deputado Francisco Floriano (DEM-RJ), que altera a Lei nº 7.170/1983, que define os crimes contra a segurança nacional, acrescentando dispositivos que especificam e aumentam a pena para quem propagar notícias falsas pelos meios digitais, conforme a seguinte redação:

Art. 22 - Fazer, em público, propaganda:

I - de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;

II - de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;

III - de guerra;

IV - de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: detenção, de 1 a 4 anos.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.

§ 2º - Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui:

- a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo;
- b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda.

§ 3º - Não constitui propaganda criminoso a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.

§ 4º - A pena é aplicada em dobro quando a propaganda for realizada por meio de whatsapp, facebook e/ou redes sociais.

Art. 22-A. Participar nas tarefas de produção e divulgação de fake news, seja no formato de texto ou vídeo, com a finalidade de disseminar no whatsapp, facebook e/ou nas redes sociais notícias falsas capazes de provocar atos de hostilidade e violência contra o governo.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

Parágrafo único - Se do fato resulta depredação ou destruição do patrimônio público, a pena aumenta-se até o dobro.

Art. 23 - Incitar:

I - à subversão da ordem política ou social;

II - à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

III - à luta com violência entre as classes sociais;

IV - à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Pena: reclusão, de 1 a 4 anos.

§ 1º. A pena é aplicada em dobro quando o incitamento ocorrer por meio de whatsapp, facebook e/ou redes sociais.

O objetivo segundo o parlamentar, é atualizar a legislação, que encontra-se defasada perante as novas formas de comunicação, e coibir a ação dos “criminosos que usam das tecnologias da informação para manipular informações e gerar notícias falsas que acabam provocando danos irreversíveis à imagem de pessoas públicas e danos ao patrimônio público resultado dos atos de confronto e violência.”(FLORIANO DEM/RJ, 2018). Outra alternativa legislativa que encontra-se avançada é o PL Nº 215/2015, proposto pelo deputado Hildo Rocha (PMDB-MA), apensado a mais outros cinco projetos de lei que, simplificando, apresentam proposta de alteração do Código Penal para aumentar a pena dos crimes contra a honra praticados em redes sociais, devido ao alcance e impacto da di-

vulgação de informações falsas sobre alguém em um ambiente interligado.

O judiciário brasileiro também desempenha um importante papel no combate das fake news, com vista a adequar a aplicação dos dispositivos presentes na lei brasileira para o atual contexto brasileiro, conforme pode ser averiguado em julgados recentes:

ELEIÇÕES 2018. REPRESENTAÇÃO ELEITORAL. PROPAGANDA ELEITORAL. INTERNET. BLOG. CONTEÚDO INVERDÍDICO. FAKE NEWS. EXTRAPOLAÇÃO DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. PEDIDO LIMINAR. DEFERIDO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. Divulgação de notícia falsa na internet, que excede o direito de liberdade de expressão.

2. Conteúdo veiculado em 2018, que datam às eleições 2014. Fake news, inexistência de processo judicial ou investigação destinada a apurá-las.

3. Liberdade de expressão se vê limitada por restrições necessárias, em uma sociedade democrática, de proteger a reputação e os direitos de outras pessoas, não se estendendo à divulgação de notícias inverídicas ou ofensivas à honra de terceiros.

[...] (grifos nossos)

(PERNAMBUCO. Tribunal Regional Eleitoral. Representação nº 060037894.2018.)

Após o primeiro turno das eleições de 2018, O TSE, através da Portaria Nº 949/2017, criou o Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições para auxiliar no combate à propagação de notícias falsas. Nas palavras da Ministra Rosa Weber, “a disseminação das *fake news* é um fenômeno deletério, prestando um imenso desserviço aos cidadãos, razão pela qual merece esforço de todos nós – cidadãos, instituições e plataformas de redes sociais – no sentido de comprometimento com a verdade dos fatos e a não proliferação de notícias falsas”. Dentre as atribuições do Conselho estão o desenvolvimento de pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da internet nas eleições, em especial o risco das *fake news* e o uso de robôs na disseminação das informações e a propositura de ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas.

Dada a escala global da expansão, outros países têm investido em alternativas para melhorar a aplicação das leis no ambiente digital, como por exemplo a Alemanha. Em julho de 2017, através da Lei Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG, o parlamento alemão aprovou mecanismos de sanção e *compliance* para coibir a criação de divulgação de discursos de ódio e notícias falsas. Nesse intuito, estabeleceu que as redes sociais, tais como Facebook, Whatsapp e Twitter, apaguem em curto prazo de vinte e quatro horas publicações com “conteúdo manifestamente criminoso”, prevendo multas que vão até 50 milhões de euros pelo descumprimento. Para os casos limítrofes, isto é, cujo conteúdo não permite identificar claramente tratar-se de uma notícia falsa ou não, a lei prevê a composição de grêmios especializados para apuração. Como técnica de *compliance*, que no âmbito corporativo significa o dever de cumprir e observar rigorosamente a legislação aplicar princípios éticos nas tomadas de decisões, “prevê a exigência de relatórios regulares sobre como as redes sociais têm lidado com conteúdos criminais, além de uma gestão interna de reclamações e finalmente a nomeação de um representante legal da empresa no país. Além disso, a lei torna possível às vítimas da violação de direitos da personalidade obter os dados perante as prestadoras de serviços (redes sociais) através de medida judicial” (CAMPOS, 2017). Essa e outras iniciativas adotadas ao redor mundo e seus respectivos efeitos devem nortear os juristas e governantes brasileiros para propositura de projetos efetivos, que englobem o usuário, o Estado, as grandes corporações e os agentes políticos que se favorecem do compartilhamento em massa de notícias falsas.

6. Conclusão

Tratada por estudiosos como um direito fundamental e elemento do princípio mor da dignidade da pessoa humana, a Internet indubitavelmente constitui uma importante conquista para humanidade, mediante a qual foi possível a propulsão de diversas garantias, como a liberdade de

expressão, de acesso à informação e inclusive *networking* democrático. Porém, as democracias modernas e os seus respectivos instrumentos precisam se adequar ao boom da pluralidade informacional, ao novo campo de relações jurídicas que surge no ambiente online e a inter-relação destes com os problemas sociais já alarmantes, como a falta de educação e a desinformação.

O que fica evidente é a necessidade que as fakenews sejam retiradas de circulação, da forma mais imediata possível. Comprovado o seu potencial de comprometer diretamente o processo eleitoral, quanto mais disseminada a informação inverídica, mais ela adquire veracidade e compromete a vontade popular. (GOMES, 2018). Apesar da existência das leis, os valores democráticos ainda não se encontram totalmente em sintonia com as novas tecnologias, isso somado à ausência de instrumentos efetivos para averiguar e punir os autores de crimes cibernéticos gera desconfiança sobre o resultado das eleições, desestabilizando consequentemente, o modelo democrático. É necessário, portanto, uma ação conjunta que envolva o Governo, as plataformas digitais e os usuários, com medidas de educação e responsabilização para os envolvidos ou beneficiados pela disseminação deliberada de desinformação e ofensas à personalidade do indivíduo e à soberania popular.

Referências

BRASILIA. **Congresso Nacional**. Projeto de Lei. Altera a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências, para dispor sobre o incitamento através das redes sociais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C6E0939F06690DC391C557FACC5D3C30.proposicoesWebExterno1?codteor=1639589&filename=Tramitacao-PL+9533/2018> . Acesso em: 19 mai. 2019.

CAJÚ, Léo DimmyChaar. **As fakenews e o panoptismo de Michel Foucault**. In: Congresso Internacional de Ciberjornalismo, 8., 2017, Campo Grande, MS. 2017. p. 1 - 13. Disponível em: <<http://www.ciberjor.ufms.br/ciberjor8/files/2017/08/As-fake-news-e-o-panoptismo-de-Michel-Foucault.pdf>> . Acesso em: 21 jun. 2019.

CAMPOS, Ricardo. **Transformação da esfera pública motivou nova lei além de internet**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-04/opiniaio-transformacao-social-motivou-lei-alema-internet>> Acesso em: 26. jul. 2019.

COMUNICAÇÃO, Assessoria de. **Conselho Consultivo sobre Internet e Eleições discute impacto das fake news**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/impressao/noticias-tse/2018/Outubro/conselho-consultivo-sobre-internet-e-eleicoes-discute-impacto-das-fake-news>>. Acesso em: 25 maio 2019.

GOMES, Nicolly Luana Carneiro. **Uma análise acerca do fenômeno das fake news no processo eleitoral e suas interfaces com o direito fundamental à liberdade de expressão**. 2018. Monografia apresentada na Universidade Federal da Paraíba para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Disponível em <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/12855/1/NLCG29112018.pdf>> Acesso em: 23 jul. 2019.

GRIGORI, Pedro. 20 projetos de lei no congresso pretendem criminalizar fake news. **A Pública**, 11 maio 2018. Disponível em: <<https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news/>>. Acesso em: 21 jun. 2019.

MELLO, Patricia Campos. Empresários bancam campanha contra o PT pelo Whatsapp: Com contratos de R\$ 12 milhões, prática viola a lei por ser doação não declarada. **Folha de São Paulo**, 18 out. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/empresarios-bancam-campanha-contr-a-pt-pelo-whatsapp.shtml>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

PENA, Lara Pontes Juvêncio. Fake news: uma breve análise acerca de sua trajetória internacional, consequências políticas e perspectiva jurídica. **Revista Dizer**. Ceará, v. 3, n. 1, p. 136-150, mai., 2018. Disponível em <<http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/39923/97117>> Acesso em: 20 jun. 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Eleitoral. **Representação nº 060037894**. Relator: Ministro Stênio José de Sousa Neiva Coêlho. Diário de Justiça Eletrônico. Pernambuco, 01 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://trepe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634057023/representacao-rp-60037894-recife-pe?ref=serp>>. Acesso em 20 de mai. 2019.

RUEDIGER, Marco Aurelio et al. BOTSe o direito eleitoral brasileiro: eleições 2018. Rio de Janeiro: **Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getulio Vargas**, 2018. 20 p. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/26227/Bots_Direito_Eleitoral_elei%C3%A7%C3%B5es_2018%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 jun. 2018.

SILVA, Rodrigo Moreira da. A soberania popular e o resultado das eleições. **Revista Eletrônica Eje**, Brasília, v. 5, n. 1, p.20-23, dez. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-1-ano-5/ilegitimidade-do-comite-financeiro-para-interpor-recurso-eleitoral>>. Acesso em: 23 maio 2019.

Mandado de busca e apreensão coletivo/genérico: afrenta a direitos fundamentais ou medida de enfrentamento à criminalidade

Tulio Cincinato Correia
Vitor Miguel Santana Nascimento

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo abordar uma questão polêmica e atual que circunda debates calorosos entre membros das cúpulas das secretarias de segurança pública e grandes doutrinadores de direito constitucional.

A inviolabilidade do domicílio está em consonância com a clássica concepção de matriz liberal-burguesa, onde originalmente os direitos fundamentais cumpriam somente a função de direitos de defesa do indivíduo contra os abusos gerados pelo Estado.

Este é um direito de primeira dimensão que tem característica marcadamente individualista, na medida em que expressa direito do indivíduo frente ao Estado, mais propriamente como direito de defesa, demarcando uma esfera de autonomia individual impermeável diante do poder estatal.

Como forma de enfrentamento à criminalidade, está se tornando cada vez mais comum a solicitação de mandados de busca coletivos, os quais devem ser expedidos sem especificar quais imóveis serão objetos de devassa e quais pessoas suportarão a medida.

Contudo, este procedimento encontra resistência na legislação que exige precisão no mandado de busca e apreensão. Por isso, tal ação, deve ser analisada de forma teleológica, limitando este direito fundamental diante da impossibilidade da autoridade policial empreender outras formas de diligência.

Embora a persecução penal não possa ser usada como uma carta branca para práticas que possam constranger o cidadão em seu lar é preciso cautela e ponderação para atuar frente à criminalidade que se expande, principalmente, em regiões de ocupação desordenada dentro das grandes cidades.

Este debate encontra-se com opiniões bastante divididas no âmbito dos tribunais e no entendimento de grandes autores, tornando válida a nossa pesquisa por questões que propiciem um aprofundamento da matéria, bem como o seu enfrentamento.

2. A busca domiciliar e a inviolabilidade do domicílio – desenvolvimento através das constituições

Entende-se como busca domiciliar aquela feita na casa de alguém. Observando-se que a casa, nos termos constitucionais, é o “asilo inviolável do indivíduo” (art. 5º, XI, da CF), e somente em caráter excepcionalíssimo, conforme hipóteses expressamente previstas lei, admitem-se exceções. Desde tempos remotos da civilização o indivíduo goza de proteção jurídica contra a violação de seu domicílio. O digesto já previa, em célebre máxima, “que a casa seja para cada um o refúgio e o receptáculo seguríssimo” (Digesto II, 4, fr. 18).

Em outro turno, na Carta Imperial de 1824, dentre os direitos civis e políticos dos brasileiros (art. 179, VIII), havia previsão de que, “todo o Cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para a defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira que a Lei determinar”.

A Constituição Republicana, de 1891, sem inovar, repete basicamente os termos da Carta de 1824. Segundo o art. 72, § 11, da Constituição de 1891, “a casa é asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir a vítimas de crimes ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei”. (art. 113, n. 16).

Na constituição do Estado Novo, de 1937, o constituinte não faz restrição ao período noturno e reservou ao legislador regulamentar hipóteses de intervenção ainda que sem o consentimento do titular. A referida carta prevê “a inviolabilidade do domicílio e de correspondência, salva as exceções expressas em lei” (art. 122, n. 6).

A constituição de 1946, como resultado da redemocratização, voltou a conferir proteção ao domicílio. Em suma, a Constituição de 1946 dispôs que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo. Ninguém poderá nela penetrar à noite sem consentimento do morador, a não ser para acudir a vítimas de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e pela forma que a lei estabelecer” (art. 141, § 15).

Durante vigência do regime militar houve a elaboração da Constituição de 1967 e a Emenda n. 1 de 1969 que mantiveram de forma geral os termos da proteção assegurada pela Carta de 1946, ambas as constituições (1967 e 1969) dispunham que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode penetrar nela, à noite, sem consentimento do morador, a não ser em caso de crime ou desastre, nem durante o dia, fora dos casos e na forma que a lei estabelecer”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como visto, inova, assegurando que “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” (art. 5, inc. XI da CR).

De acordo com a CF 88 são exceções ao princípio geral da inviolabilidade do domicílio: 1) qualquer hora, em caso de flagrante delito, desastre ou para prestação de socorro; 2) fora de tais hipóteses, somente

por meio de mandado judicial e durante o dia. Tourinho Filho a contrario sensu indica outras exceções, que apesar de não previstas em lei, admitiriam o ingresso na casa alheia.

Assim, aquele que invade o domicílio em legítima defesa de terceiro, vítima de agressão praticada pelo dono da casa; ou que o faz em estado de necessidade, fugindo de um perseguidor; a ainda, a possibilidade de adentrar a casa no cumprimento de um dever legal (visita de agente de endemias), ou no exercício regular de um direito, como na hipótese do art. 1.313, inc. I do Código Civil que obriga o dono da casa a consentir a entrada do vizinho, “quando seja indispensável à reparação ou limpeza, construção e reconstrução de sua casa”. Além dos casos excepcionais previstos na própria Constituição Federal a regra é de que a violação da casa de alguém seja determinada por mandado judicial de busca e apreensão.

3. Procedimento do mandado de busca e apreensão no processo penal

O Código de Processo Penal, em seu art. 240 § 1º, autoriza o cumprimento de mandado de busca domiciliar para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinado a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeito de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção.

Segundo Nucci (2016), busca “significa o movimento desencadeado pelos agentes do Estado para a investigação, descoberta e pesquisa de algo interessante para o processo penal, realizando-se em pessoas e luga-

res”. Assim, em matéria criminal, é a procura pela autoridade de uma coisa ou pessoa com o fim de constatar a existência de uma infração penal ou esclarecer um delito ou contravenção.

Em outro giro, o art. 243 do CPP prevê uma série de formalidades que devem estar presentes na realização da diligência. Segundo a lei, mandado judicial deve: I – indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; II – mencionar os motivos e os fins da diligência; III – ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir.

Atentaremos para o primeiro requisito ora em análise que recomenda a indicação, com maior precisão possível, da casa em que será realizada a diligência e do nome do respectivo proprietário ou morador. A preocupação é com a individualização da busca, que deve ser realizada com a cautela necessária a fim de que terceiros sem envolvimento no episódio não sejam molestados desnecessariamente em sua intimidade por causa da busca que, repita-se a exaustão, trata-se de medida excepcional à inviolabilidade do domicílio constitucionalmente garantido.

Contudo, não se pode olvidar que em algumas situações, o cumprimento à risca do mandamento legal torna absolutamente inviável a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de gravíssimas infrações penais.

4. Visão do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico como violação dos direitos e garantias fundamentais (constitucionais)

Os direitos fundamentais não são absolutos, podendo sofrer limitações em determinadas circunstâncias. Diante disto, vale explicitar as exceções ao direito fundamental da inviolabilidade do domicílio previstas no texto constitucional, a saber: a) flagrante delito ou desastre; b) prestação de socorro e; c) determinação judicial, desde que devidamente executada durante o dia. No caso da limitação em decorrência de ordem da autoridade judiciária, tem-se como uma das suas possibilidades, a

busca domiciliar, a qual se encontra em constante tensão, inclusive, com a dignidade da pessoa humana, intimidade, vida privada e a incolumidade física e moral do indivíduo.

Pitombo (2005, p. 102), preceitua a existência de distinção entre a busca e a apreensão. Enquanto a primeira seria um meio de obtenção da prova, que objetiva encontrar pessoas ou coisas, a segunda seria uma medida cautelar probatória, ou seja, destina-se à garantia da prova (trata-se de ato fim em relação à busca, que é ato meio). Apesar da busca costumeiramente estar atrelada à apreensão, tratam-se de dois institutos distintos: o objetivo da busca é o de obter a prova mediante a localização de pessoas ou coisas; já o da apreensão, contudo, tem o escopo de garantir a prova ou a restituição do patrimônio.

A busca e a apreensão são, portanto, medidas coercitivas institucionalizadas (procedidas pelo próprio Estado) e que, naturalmente, violam direitos constitucionais, mas dentro dos próprios limites impostos pela própria Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Ressalte-se a expressão ambígua que autoriza a realização do ato de busca e apreensão, qual seja, as “fundadas razões”, oferece à autoridade judicial certa discricionariedade e subjetividade. Entende-se, contudo, que para o seu deferimento, deverão estar presentes a urgência e a necessidade, devidamente vinculados ao devido processo legal a que a busca subordina, não sendo suficiente a simples suspeita.

A autorização judicial para a busca e apreensão domiciliar, para que possa ser considerada como válida, deverá atender aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Portanto, o ato decisório que lhe autorize deverá ser devidamente fundamentado, atendendo ao disposto no art. 93, IX da Constituição Federal. Nas hipóteses em que se percebe a busca genérica (ou coletiva), há restrição excessiva aos direitos fundamentais uma vez que os requisitos previstos no art. 243 do Código de Processo Penal deixam de ser totalmente atendidos pela autoridade jurisdicional. Desta forma, preceitua Pitombo (2005, p. 89):

O direito fundamental só pode sofrer diminuição dentro da estrita legalidade. A hipótese de restrição há que estar prevista, modelada, em lei ordinária, consoante a Constituição; ainda, ter fins legítimos e possuir justificativa socialmente relevante. Devem ser considerados, também, os concretos meios, colocados à disposição, da justiça pública, para se atingir o fim desejado, havendo imprescindibilidade em restringir direito, assegurado na Lei Maior.

Assim sendo, na hipótese em que se autoriza uma busca domiciliar por meio de parâmetros genéricos, ou seja, que não especifica a finalidade da busca e o endereço a ser cumprida a ordem, deverá ser considerada como manifestamente inconstitucional, uma vez que violadora do direito constitucional da inviolabilidade do domicílio, e da intimidade de terceiros que sequer estão envolvidos na persecução penal.

Impende salientar que, no conflito entre os direitos fundamentais e a persecução penal, há autorização constitucional para a violação dos primeiros, desde que haja a devida fundamentação e o estrito atendimento ao que dispõe o Código de Processo Penal pátrio. De outro modo, ainda que a ordem de busca e apreensão apresente resultado positivo, não torna válida a decisão abusiva e ilegal. Assim, é inadmissível que as garantias constitucionais da intimidade e da inviolabilidade do domicílio estejam sujeitas a meras suspeitas. Neste sentido, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, no julgamento do HC 95.009, criticou os mandados de busca e apreensão genéricos, conforme se verifica a seguir:

De que vale declarar a Constituição que ‘a casa é asilo inviolável do indivíduo’ (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só porque o habitante é suspeito de um crime? Mandados expedidos sem justa causa, isto é, sem especificar o que se deve buscar e sem que a decisão que determina sua expedição seja precedida de perquirição quanto à possibilidade de adoção de meio menos gravoso para chegar-se ao mesmo fim. A polícia é autorizada, largamente, a apreender tudo quanto possa vir a consubstanciar prova de qualquer crime, objeto ou não da investigação. Eis aí o que pode se chamar de autêntica ‘devassa’. Esses mandados ordinariamente autorizam a apreensão de computadores, nos quais fica in-

delealmente gravado tudo quanto respeite à intimidade das pessoas e possa vir a ser, quando e se oportuno, no futuro, usado contra quem se pretenda atingir (Supremo Tribunal Federal, HC 95.009-4/SP, Rel: Min. Min Eros Roberto Grau, 2008).

Sendo assim, resta concluir que o mandado de busca que deixe de especificar o endereço da residência e as finalidades para o cumprimento da medida viola, categoricamente, preceitos constitucionais; em especial, a inviolabilidade do domicílio.

5. Visão do mandado de busca e apreensão coletivo/genérico como alternativa viável quando da impossibilidade da individualização do imóvel

O primeiro requisito é o que deve ser analisado aqui, que impõe a indicação, com a maior precisão possível, da casa em que será realizada a diligência e do nome do respectivo proprietário ou morador. O que se busca é a individualização da busca, que, repita-se, é exceção à inviolabilidade constitucional do domicílio e deve ser promovida com a cautela necessária para evitar que pessoas não envolvidas na investigação sejam constrangidas pela violação desnecessária de sua intimidade.

Ocorre que, em algumas situações, o cumprimento à risca do mandamento legal torna absolutamente inviável a realização de diligências imprescindíveis para a apuração de gravíssimas infrações penais. Atualmente, como se tem noticiado amplamente, o Estado do Rio de Janeiro está sob intervenção federal na área da segurança pública, que passou ao comando de um general do Exército. A drástica – e inédita – medida foi motivada pelo caos instalado por ações do crime organizado, que escapou do controle das polícias estaduais. A intervenção foi decretada para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública.

Neste cenário, destaca-se o fato de que a cidade do Rio de Janeiro é peculiar devido à sua geografia montanhosa, que propiciou, ao longo das décadas, a ocupação de morros por milhões de pessoas, que se instala-

ram precariamente, sem endereço definido, em barracos quase sempre dispostos de forma a tornar impossível qualquer individualização. Este tipo de ocupação, aliada à omissão de sucessivos governos na área de segurança pública – e em várias outras –, propiciou que facções criminosas simplesmente tomassem para si o controle de praticamente todo o território ocupado.

O que faz surgir pessoas submetidas a um poder paralelo criminoso. Algumas simplesmente aderem a esse poder e passam a integrá-lo, enquanto outras vivem sob tensão permanente, na expectativa de que em algum momento sejam atingidas pelas práticas criminosas que vigoram nesses locais. Os que se integram abrigam criminosos e permitem que em suas residências sejam escondidas armas e drogas; os que vivem sob jugo muitas vezes são obrigados a colaborar. Tais circunstâncias trazem em si uma imensa dificuldade para as operações de combate ao crime.

Com efeito, uma vez que as forças de segurança iniciem a tomada do território dominado pelo crime organizado, é imprescindível que domicílios sejam devassados para que os agentes públicos possam apreender objetos ilícitos e prender criminosos. Mas, ainda que se tratasse de uma situação normal, em que a polícia judiciária teria à sua disposição meios de inteligência, seria praticamente impossível identificar precisamente quais domicílios deveriam sofrer a busca. A disposição das casas e a inexistência de endereços certos impossibilitam a vinculação a moradores determinados e tornam impraticável a expedição de mandado nos exatos termos do art. 243, inc. I, do CPP.

Mesmo assim, não é possível, sob pena de tornar imprestáveis as provas eventualmente colhidas, que as forças de segurança simplesmente violem domicílios sem nenhum respaldo judicial. É imprescindível que o Judiciário exerça algum tipo de controle diante da relativização de tão cara garantia constitucional. Por isso, o ministro de Estado da Defesa anunciou que, para viabilizar as ações militares durante a intervenção, serão solicitados mandados de busca e apreensão coletivos, os quais de-

vem ser expedidos sem especificar quais imóveis serão objeto de devassa e quais pessoas suportarão a medida.

Este procedimento, que vai de encontro à disposição legal que exige precisão no mandado de busca e apreensão, tem sido utilizado diante da impossibilidade de empreender de outra forma as diligências. Já ocorreu no próprio Estado do Rio de Janeiro em outras ocasiões, nas quais os mandados faziam referência apenas a bairros ou ruas, quando possível a identificação.

É fato que muitas pessoas são atingidas simplesmente porque residem no local, sem que lhes recaia nenhuma suspeita específica da prática de crime. Mas também não se pode negar que, ponderando os interesses em jogo, não é irrazoável que prevaleça a iniciativa de dismantelar organizações criminosas que impõem o caos e o terror generalizado. Nessas localidades, a ação policial baseada no mandado coletivo é a única forma de fazer cessar atividades criminosas de extrema gravidade e que vitimam inclusive os moradores injustamente atingidos pela busca domiciliar.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem decisões ora admitindo, ora rechaçando a possibilidade de expedir mandados coletivos:

“[...]5. Forçoso reconhecer que, no caso, o deferimento da medida cautelar de busca domiciliar não se revela idôneo, já que não individualiza minimamente a unidade domiciliar objeto de violação, qual seja, a casa, nos moldes definidos pelo inciso I do art. 243 do Código de Processo Penal, que deve ser indicada o mais precisamente possível, tampouco informa o nome do respectivo proprietário ou morador. 6. Busca domiciliar que possui como característica precípua a referibilidade, não sendo, portanto, um fim em si mesma, estando, ao revés, vinculada ao procedimento investigatório cuja efetividade se procura assegurar. Logo, a medida em questão não pode constituir uma autorização genérica para que se reúna as fundadas razões que deveriam justificá-la, sob pena de subversão total de sua lógica e, ainda, de delegação à autoridade policial não apenas da executoriedade do ato, mas da própria delimitação de seu objeto – a casa –, dos cidadãos que terão os seus direitos fundamentais mitigados e, por conseguinte, do alcance da me-

didada sujeita à cláusula da primazia judiciária [...]” (HC 0061167-57.2016.8.19.0000, j. 02/02/2017).

“[...] Bem verdade que deve o mandado de busca e apreensão indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do proprietário ou morador. Todavia, como muito bem realçado pela Juíza de primeiro grau, no plantão noturno, numa realidade em que o domínio, há mais de 30 (trinta) anos, de facção criminosa armada “impede a permanência do poder público para regulação e instalação de equipamentos de indicação e individualização de ruas e localidades; numa realidade em que todos os mínimos espaços foram ocupados de forma irregular, sendo impossível o acesso senão por becos aleatórios e acidentados, numa realidade em que novas “casas” são fundadas de forma independente, e quase imediata, pelo simples acréscimo de materiais a lajes de outras casas, sem que sejam registradas e ordenadas, não há como individualizar e indicar numerações sem uma incursão ao local”. Neste ponto, é interessante mencionar que a busca e apreensão possui, em regra, natureza jurídica de meio de prova, mas também pode revestir-se de caráter assecuratório de direitos. No caso em questão, esta segunda natureza, associada à primeira, demonstra que ambas se amoldam à medida deferida, em virtude de buscar resguardar os interesses dos proprietários que estão sendo burlados em seus direitos absolutos e plenos de usar, gozar e dispor de seus bens, sendo coagidos a permitir que membros da facção criminosa deles se utilizem para guardar armas e substâncias tóxicas, ou como abrigos estrategicamente localizados, garantindo-lhes superioridade tática. ORDEM DENEGADA, com a determinação do imediato cumprimento da decisão aqui proferida, com determinação de expedição de ofícios” (0048172-75.2017.8.19.0000, j. 26/09/2017).

6. Considerações finais

Quanto à busca e apreensão, cumpre asseverar que é a polícia judiciária é quem deverá investigar os suspeitos, para que, verificando a existências de indícios de autoria e materialidade da conduta, poderá requerer perante o judiciário a medida de busca domiciliar, com vistas à apreensão de objetos que possam instruir uma futura ação penal. Em nenhuma hipótese a autoridade policial deverá requerer a medida com base em meras suspeitas. A investigação, repita-se, deverá preceder a

busca e a apreensão, para que sejam evitadas as buscas domiciliares genéricas, que não apontam, com precisão, o quê e onde se busca.

Não basta a existência de uma ordem judicial para a busca domiciliar; é preciso que esta seja baseada em indícios suficientes, e não apenas em meras suspeitas. Caso o contrário, a autoridade que ordene a medida estará cometendo crime de abuso de autoridade, por ato atentatório à inviolabilidade de domicílio daquele indivíduo cuja ordem atinja.

A existência de um mandado judicial, não necessariamente explicitará a legalidade da busca e a apreensão. Devem ser respeitados os limites da lei e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do domicílio, e os demais direitos fundamentais a ela relacionadas, sendo forçoso concluir que o judiciário deve se desvincular da atividade investigatória e do combate ativo do crime. E contra os acusados e investigados, o Estado não pode atuar à margem da lei, desrespeitando a Constituição Federal.

Note-se que a segunda decisão (no item 5) transcrita faz referência exatamente ao fato de que muitos moradores são coagidos pelos membros das organizações criminosas a permitir que suas casas sejam utilizadas para acobertar e disfarçar atividades ilícitas. Sem que se permita examinar as residências que integram as localidades dominadas por essas organizações, é impossível obter qualquer sucesso em operações de índole policial. E, uma vez impraticável a individualização dos imóveis, a única medida viável é realmente a expedição de mandados coletivos, que façam referência apenas ao bairro ou mesmo à rua, caso seja possível.

Referências

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 13.ed. São Paulo: Saraivajur, 2017.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

BRASIL. Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.

GRECO, Rogério. Código Penal: comentado. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LEITE, André. Análise constitucional do mandado de busca e apreensão genérico no processo penal. Disponível em: <<https://andreleite.jusbrasil.com.br/artigos/261653507/analise-constitucional-do-mandado-de-busca-e-apreensao-generico-no-processo-penal>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Direito Processual Penal. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PITOMBO, Cleunice A. Valentim Bastos. Da Busca e da Apreensão no Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANCHES CUNHA, Rogério. Mandado de busca e apreensão coletivo: Violação constitucional ou alternativa viável quando impossível a individualização do imóvel? Disponível em: <<https://meusitejuridico.com.br/2018/02/19/mandado-de-busca-e-apreensao-coletivo-violacao-constitucional-ou-alternativa-viavel-quando-impossivel-individualizacao-imovel/>>. Acesso em 20 mar. 2019.

Crise no sistema penitenciário

Patriarcalismo penal: a domesticação da apenada

*Marina de Fátima da Silva*¹

*Isabel Ceccon Iantas*²

1. Introdução:

O Estado é patriarcal, feito por homens, para homens. Subjugar mulheres é inerente à estrutura capitalista e a perseguição literal dos corpos femininos possui relação direta com o surgimento desse sistema. Ainda que atualmente se dê de modos mais sutis - o que é também questionável - é inegável que a perseguição ao sexo feminino se estende ao longo da história e, principalmente, ao longo da trajetória do direito penal, o que pode ser evidenciado, por exemplo, ao analisar-se o período de caça às bruxas:

“(...) Mas foram os juristas, os magistrados e os demonólogos, frequentemente encarnados na mesma pessoa, os que mais contribuíram na perseguição: eles sistematizaram os argumentos, responderam aos críticos e aperfeiçoaram a maquinaria legal que, por volta do final do século xvi, deu um formato padronizado, quase burocrático, aos julgamentos, o que explica as semelhanças entre as confissões para além das fronteiras nacionais. No seu trabalho, os homens da lei contaram com a cooperação dos intelectuais de maior prestígio da época, incluindo filósofos e cientistas que ainda hoje são elogiados como os pais do racionalismo moderno. (Calibã e a bruxa pg. 299)”

¹ Graduanda da Universidade Federal do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8689846822564613>

² Graduanda da Universidade Federal do Paraná. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5233390882988291>

É notório, portanto, o papel que o sistema penal ocupa, e sempre ocupou, na missão de segregar as mulheres à inferioridade, perseguição ou qualquer outra posição, desde que sob o peso da dominação masculina. A renomada escritora Angela Davis no livro *Frontline Feminisms: Women, War and Resistance* discorre:

“State-sanctioned punishment is informed by patriarchal structures and ideologies that have tended to produce historical assumptions of female criminality linked to ideas about the violation of social norms defining a “woman’s place. Feminist historians have uncovered evidence of severe corporal punishment inflicted on women accused of adultery, for example, while the behavior of male adulterers has been normalized.” (DAVIS, Angela; 2001 p.7)

A realidade brasileira contemporânea não foge a essa regra, e o presente artigo busca expor de que maneiras o sistema prisional reforça essa característica intrínseca ao sistema capitalista, ao realizar uma verdadeira caça às bruxas encarcerando mulheres em condições subumanas, incentivando um tratamento desproporcional aos crimes cometidos, isso quando estes efetivamente existem, o que não é a regra.

Dessa forma, busca-se identificar as falhas desse sistema, que opera para ruir com a isonomia e tem como única função a domesticação do corpo feminino e parece nunca ter tido a real intenção ressocializadora a qual se prega no sistema penal moderno.

Diante disso, e a partir dos conceitos de dominação masculina, violência simbólica e dinâmicas da degradação, procura-se encontrar um paralelo entre a grotesca realidade dos presídios femininos e o patriarcalismo institucionalizado na realidade ocidental.

2. Panorama geral da situação carcerária das apenadas:

Assim como no período de caça às bruxas, criou-se uma cultura de “bandido bom é bandido morto” na atualidade. Esse bordão se aplica

ilimitadamente aos encarcerados brasileiros, tendo nuances significativas quando tratada a questão dos presídios femininos. Nesses locais, a já desigual situação da mulher na sociedade é drasticamente agravada, tendo em vista que não são respeitados direitos básicos e mínimos para a dignidade das apenadas.

De acordo com os dados apresentados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Mulheres, 45% das mulheres encarceradas no Brasil, estão na espera da condenação³. Ainda, o relatório indica que de toda a população feminina carcerária, 62% das detentas foram sentenciadas ou aguardam julgamento em decorrência de crimes ligados ao tráfico de drogas.

O sistema penitenciário feminino é, na maioria das vezes, situado em locais não predestinados a esse fim, em sua maioria em prisões mínimas que não oferecem nenhuma segurança para as presidiárias, determinando uma definitiva ruptura na isonomia prevista constitucionalmente. A Constituição Federal prevê, em seu artigo 50, um rol extenso de direitos fundamentais a serem resguardados em prol da garantia da dignidade da pessoa humana, conforme demonstrado abaixo:

“Art. 50 Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

A realidade em muito difere, ficando essas determinações no ramo do dever-ser. Assim expõe Magali Gláucia Fávaro de Oliveira, no artigo

³ Segundo o Relatório, 19.223 mulheres encarceradas ainda não foram condenadas. Outras 2.755 foram sentenciadas ao regime aberto. INFOPEN 2017.

“DESIGUALDADE DE GÊNERO NO SISTEMA PRISIONAL: considerações acerca das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas”:

“O número de unidades prisionais destinadas às mulheres é ínfimo se comparado ao de estabelecimentos do sistema prisional destinados aos homens. Há uma concentração da população prisional feminina em poucas unidades, das quais grande parte situa-se longe de suas cidades de origem, onde residem seus familiares e amigos. As grandes distâncias e as despesas com transporte acabam por dificultar as visitas às mulheres encarceradas. Na extinta Penitenciária Estadual Feminina de Tucum, que se localizava em lugar de difícil acesso no município de Cariacica/ES, e no Complexo Penitenciário do Estado do Amazonas, onde o transporte é especialmente dificultado devido às condições geográficas, somente 50% das mulheres encarceradas recebiam visitas” (OLIVEIRA; SANTOS, 2012, p.240)

Dessa forma, fica evidente que as condições carcerárias no Brasil são totalmente insalubres quando analisadas a partir de qualquer ponto de vista ou recorte. Todavia, quando falamos dos presídios femininos, é gritante a violência sofrida pelas detentas que, em sua maioria, não recebem qualquer tipo de cuidados médicos, de higiene, ou as condições básicas para viver de forma dignidade. E, mais precisamente, essas instituições não oferecem nenhum suporte às especificidades de ser uma mulher no sistema carcerário, em matéria de saúde, sexualidade, maternidade, dentre outros fatores que deveriam ser considerados e não o são.

Recentemente, foram divulgadas notícias assustadoras acerca da situação das aprisionadas no estado do Pará, que ilustram nitidamente a desvalorização da vida de mulheres segregadas pelo sistema, que são literalmente torturadas por seus crimes em uma situação que não possui nem um viés ressocializador ou reeducador:

“As 700 detentas do Centro de Reeducação Feminino de Ananindeua, município paraense vizinho a Belém, discordam. Elas relatam terem sido espancadas e obrigadas a sentarem apenas de calcinha em cima de um formigueiro, como

mostram vídeos com relatos das presas à OAB do Pará obtidos com exclusividade pelo Intercept.”⁴

Violações de direitos básicos, como acesso ao advogado, produtos de higiene e alimentação foram negados às presidiárias do complexo em questão, sendo que o representante do governo, Ministro Sérgio Moro demonstrou descaso com a situação, classificando-a como “*disciplina imprescindível e inegociável*”. As respostas do referido ministro ilustram claramente a política institucional de minimizar e naturalizar as situações desumanas em que são forçadas as detentas brasileiras.

É inegável que o panorama referente aos presídios femininos do Brasil é preocupante e demonstra um abandono completo em relação à essas mulheres que ousaram desafiar as normas sociais. São ignoradas particularidades básicas que se advém de ser mulher, relacionadas à dignidade humana, tais quais itens de higiene básica, saúde sexual e a própria sexualidade feminina. Dessa forma, parte-se para a análise do contexto da dominação masculina e dinâmicas da degradação, no contexto do sistema penitenciário feminino, que geram uma ruptura na pretensa isonomia constitucional.

3. O conceito de dominação masculina e sua contextualização no cenário penitenciário brasileiro:

Segundo a Lei de Execução Penal:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

⁴ POTTER, Hyury. Moro diz que não há tortura em presídios no Pará. Presas obrigadas a sentar em formigueiro discordam. The Intercept Brasil. 8 de Outubro de 2019, Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/10/08/presas-forca-tarifa-moro-tortura/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Dessa forma, tem-se que a pena privativa de liberdade, em suas funções retributiva e ressocializadora deveria ser um meio de reintegrar o apenado na sociedade. Entretanto, sabe-se que quando a ressocialização é voltada para a mulher, ela adquire contornos diferentes, pois a conduta feminina que se espera, de reinserção na sociedade é diretamente relacionada com os conceitos de submissão e dominação masculina.

[...] a moral feminina se impõe, sobretudo, através de uma disciplina incessante, relativa a todas as partes do corpo, e que se faz lembrar e se exerce continuamente através da coação quanto aos trajes ou aos penteados.” (BOURDIEU, Pierre; 1998 p.38)

Pierre Bourdieu, ao elaborar seu memorável livro acerca da dominação masculina, enumera diversos tipos de subterfúgios institucionalizados para relegar as mulheres à uma posição de inferioridade. Entre eles, à violência simbólica, que subjugava o feminino à um local de subordinação, de maneira institucionalizada e sem necessariamente existir uma coação física que proporcione esse fenômeno. O autor, dessa forma, explícita uma imagem ideal que se espera da mulher na cultura androcêntrica que foi criada. Segundo ele:

A dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser (esse) é um ser-percebido (percipi), tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos receptivos, atraentes, disponíveis, Delas se espera que sejam

“femininas”, isto é, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas. E a pretensa “feminilidade” muitas vezes não é mais que uma forma de aquiescência em relação às expectativas masculinas, reais ou supostas, principalmente em termos de engrandecimento do ego. (BOURDIEU, Pierre, p.82. 1998.)

Dessa forma, percebe-se que há um lugar designado para a mulher na sociedade, que está incrustado no imaginário geral. Esse fato traz como consequência a prática de rechaçar aquelas que fogem da norma, seja por meio da carreira profissional, escolhas profissionais, orientação sexual ou, como no caso em questão, subversão das normas penais.

Assim, àquelas que desafiam as convenções mais arraigadas no inconsciente coletivo, são postas à margem até que sejam reeducadas e “aprendam” novamente a se portar como mulheres, do ponto de vista da já citada dominação masculina. É nesse ponto que se insere o papel dos presídios femininos e seu potencial “ressocializador”, que mais se caracteriza como uma reinserção nos valores femininos esperados.

Sendo assim, são postas em prática medidas domesticadoras, que longe de ressocializar, visam “domar” e reprogramar as mulheres ditas subversivas. Isso é de tal modo real, que as atividades que deveriam visar a reintegração das apenas na sociedade tem um viés claramente domesticador, que prioriza as tarefas domésticas e se desdobra para anular a sexualidade e qualquer outro fator que as tornem *desviantes*. Foucault já havia feito tal análise em relação ao sistema carcerário:

“o poder disciplinar é com efeito um poder que , em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor.” (FOUCAULT, Michel; 1975 p.167)

Entretanto, as questões são mais graves e a atuação desse poder disciplinar, ainda mais profunda, quando se analisa a condição feminina.

4. A ruptura da isonomia causada pela domesticação da apenada:

Partindo da análise anterior, pode-se dar início ao exame das práticas do sistema carcerário que reforçam a dominação masculina sobre as mulheres. Dentro dos presídios brasileiros, a ressocialização feminina baseia-se em ensinar-lhes afazeres domésticos ou “profissões” baseadas em estereótipos de feminilidade, que buscam recolocar essas mulheres no lugar da sociedade que lhes foi pré-determinado pelo modelo patriarcal.

Um exemplo disso são as atividades profissionalizantes exercidas dentro dos complexos penitenciários, baseadas primariamente em intenções profissionalizantes cujos objetivos são inserir a mulher apenada em um mercado de trabalho pré-determinado e que os requisitos correspondem ao padrão feminino permitido pela sociedade machista ou então, subempregos sem os direitos previstos em lei:

Quanto ao trabalho, raramente ocorre, e quando são realizadas, as presas trabalham em hortas, fábricas, cozinhas, tecelagens entre outros. Porém, há denúncias dos sindicatos quanto à prática de abuso contra as presidiárias, sendo que não têm relação empregatícia, consistindo em um salário mínimo mensal sem respeito às categorias dos pisos salariais. (NÉIA, 2015, p. 49)⁵

Outra forma clara de desestruturar e domesticar as detentas é a opressão e, até mesmo, a retirada de sua sexualidade. É sabido que o livre exercício da sexualidade feminina é visto historicamente como uma forma de subversão, sendo vetado às mulheres a demonstração de interesses sexuais sem o fim meramente reprodutivo. As que o fazem, são vistas como inferiores ou indignas de respeito perante a sociedade patriarcal. Essa realidade é maximizada dentro dos presídios, tendo em vista que as visitas íntimas passam pelo crivo da autorização da administração, o que abre margens para uma enorme diferença entre os privilégios

⁵ Néia, Pamela Cacefo. "A realidade da mulher no sistema prisional Brasileiro." *Intertem@ s ISSN 1677-1281* 30.30 (2015).

masculinos e femininos. Tendo em vista que o sexo é tido como uma forma de subversão, as mulheres que já subvertem a norma, são ainda mais privadas nesse quesito. Segundo o estudo de Márcia Cristiane Nunes Scardueli e Adriana Silveira⁶

Quanto à visita íntima para mulheres obteve-se a informação de que no PRA, apesar dos homens presos terem garantido esse benefício, as mulheres não o recebem. Ocorre que algumas mulheres recolhidas no presídio têm seus companheiros também ali recolhidos e, a essas mulheres a visita íntima é autorizada, uma vez por semana, num espaço reservado para este fim. A não autorização da visita íntima para as mulheres recolhidas no PRA deve-se ao fato de não existir espaço físico para conceder tal benefício. Alguns encontros íntimos ocorrem geralmente no próprio alojamento de modo “informal”, nos dias de visita, quando as próprias detentas organizam-se para isso, revezando a privacidade no alojamento. (SCARDUELI, SILVEIRA, 2010 p. 7)

A partir disso, fica evidente a persistência em subjugar todos os aspectos da vida de uma mulher, primariamente da mulher encarcerada, seja no trabalho, nas condições de vida e, até mesmo, em sua sexualidade.

5. Conclusão

A partir das informações e opiniões levantadas no decorrer do presente artigo é possível formar as presentes conclusões: inicialmente, é sabido que a submissão da mulher ao homem é histórica e intrínseca à sociedade, ou ao menos, à sociedade ocidental. Perseguir e subjugar mulheres que desafiam a norma implicitamente estabelecida é parte da cultura patriarcal que se estabeleceu.

Por conseguinte, sabe-se que o sistema carcerário brasileiro é precário, independente do recorde de gênero. Entretanto, a situação parece pior para umas do que para outros, tendo em vista que as mulheres não

⁶ PROGRAMAS DE RESSOCIALIZAÇÃO VOLTADOS ÀS MULHERES PRESAS NO PRESÍDIO REGIONAL DE ARARANGUÁ/SC

têm seus mínimos direitos respeitados, tem as particularidades do gênero ignoradas e, muitas vezes, são confinadas a espaços improvisados, em meio aos presídios masculinos.

Dessa forma, pode-se perceber que a dominação masculina, prevista por Bourdieu, se infiltra também nesse contexto, haja vista que as mulheres subversivas da norma são punidas da forma mais cruel e, se há algum tipo de fim ressocializador, esse é voltado para a domesticação do corpo feminino.

Por fim, conseqüentemente, torna-se evidente a quebra da isonomia, quando se analisa o fato de que as condições de trabalho são irregulares, a sexualidade completamente reprimida e os quesitos mínimos de dignidade não são atendidos. Sendo assim, é clara a negligência em relação às apenadas, tendo em vista que a sociedade patriarcal transforma mulheres que desviam das regras impostas em seres indignos da consideração do restante da sociedade.

Referências

ANCEL, Marc. **A nova defesa social (1979)**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 466p.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal**: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 71-102, jan. 2005. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>>. Acesso em: 01 setembro. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/0%x>.

BORGES, Paulo César Corrêa (org). **Sistema penal e gênero**: tópicos para a emancipação feminina. São Paulo: Editora Unesp, 2011. 199p.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina (1998)**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. 158p.s

DAVIS, Angela. **Public Imprisonment and Private Violence**: Reflection on the Hidden Punishment of Women. In: Frontline Feminisms: Women, War and Resistance. New York: Routledge, 2001. p. 2-18.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão (1975). 42ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2014. 302p.

Colares, Leni Beatriz Correia, and Luiz Antônio Bogo Chies. "**Mulheres nas so (m) bras**: invisibilidade, reciclagem e dominação viril em presídios masculinamente mistos." *Estudos Feministas* (2010): 407-423.

MESSERSCHMIDT, James W. **From patriarchy to gender**: feminist theory, criminology and the challenge of diversity. In: RAFTER, Nicole Hahn; HEIDENSOHN, Frances (Eds.). *International Feminist Perspectives in Criminology: engendering a discipline*. Buckingham: Open University Press, 1995.

RODRÍGUEZ, María Noel. **Boas práticas no tratamento das pessoas privadas da liberdade**: mulheres privadas da liberdade na América Latina. In: Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento dos presos no sistema de justiça criminal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. 149p.

STRECK, Lênio Luiz. **Criminologia e Feminismo**. In CAMPOS, Carmen Hein de. Org. *Criminologia e feminismo*. Porto Alegre: Sulina, 1999. p.81-104.

SURIYAWONG, Vitaya. **Boas práticas no tratamento às mulheres nas prisões**: uma proposta de regimento suplementar no tratamento das mulheres prisioneiras e medidas não privativas para mulheres infratoras In: Relatório das Nações Unidas e outras boas práticas no tratamento dos presos no sistema de justiça criminal. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2011. 149p.

Oliveira, Magali. **Desigualdade de gênero no sistema prisional**: considerações acerca das barreiras à realização de visitas e visitas íntimas às mulheres encarceradas. *Cadernos espaço feminino* 25.1 (2012).

Zaninelli, Giovana. **Mulheres Encarceradas**: Dignidade da pessoa humana, gênero, legislação e políticas públicas. Dissertação (Dissertação ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas) - UENP. Paraná.

POTTER, Hyury. **Moro diz que não há tortura em presídios no Pará. Presas obrigadas a sentar em formigueiro discordam**. *The Intercept Brasil*. 8 de Outubro de 2019, Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/10/08/presas-forca-tarefa-moro-tortura/>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

Néia, Pamela Cacefo. "A realidade da mulher no sistema prisional Brasileiro." *Inter-tem@s* ISSN 1677-1281 30.30 (2015). Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/5219/4971>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

Carvalho, Maria Luciene Barbosa, and Luana Duarte Assunção de Freitas. "As faces e os disfarces dos presídios femininos: violações x direitos." *Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea* (2016). Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14582/3270>>. Acesso em: 20 de setembro de 2019.

A decisão liminar do STF na ADPF 347: o início de uma reforma estrutural no sistema penitenciário?

Laura de Gois Hartmann

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 estabelece, no parágrafo único do artigo 5º, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988). A aplicabilidade imediata das normas que preveem direitos fundamentais é extremamente relevante para o sistema normativo instaurado a partir de 1988, pois significa que certas normas são tão essenciais para o nosso ordenamento jurídico que há um dever dos órgãos estatais em atribuir-lhes a “máxima eficácia e efetividade possível” (SARLET, 2018, p. 374). Porém, mesmo havendo essa expressa previsão constitucional, na realidade, frequentemente são colocados óbices à concretização das normas constitucionais que preveem direitos e garantias fundamentais.

Nesse sentido, o instrumento processual da decisão estrutural vem sendo discutido pela doutrina como um importante meio de efetivar direitos fundamentais no caso concreto.

Nos Estados Unidos da América, o uso dessa ferramenta foi frequentemente atrelado a demandas pela abolição de condições de vida inconstitucionais nos sistemas penitenciários estaduais estadunidenses, numa tentativa de transformar esse quadro em uma situação mais digna e pôr em prática os direitos fundamentais dos presos. No Brasil, garanti-

as fundamentais relativas ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal estão previstas em diversos incisos do artigo 5º da Constituição, enquanto a dignidade da pessoa humana é dita fundamento do Estado Democrático de Direito de acordo com o inciso III do artigo 1º; contudo, a efetivação dessas disposições constitucionais ainda é um desafio que, muitas vezes, parece insuperável diante da situação caótica encontrada em presídios por todo o território nacional. Diante da crise do sistema penitenciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – STF já se viu confrontado com a proposta da sua adequação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais por meio de uma reforma estrutural, mas o problema está longe de ser esgotado e deverá ser discutido de forma ampla na Corte Superior nos próximos anos.

Este trabalho pretende analisar a decisão liminar proferida pelo Plenário do STF na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 347 como uma possibilidade de iniciar uma reforma estrutural do sistema prisional brasileiro, com enfoque na problemática da superlotação dos presídios como principal componente do “Estado de Coisas Inconstitucional” ao qual os encarcerados no Brasil estão submetidos.

2. As decisões estruturais como forma de garantir direitos fundamentais

Os chamados *structuralinjunctions* (comandos estruturais) foram concebidos pela doutrina estadunidense como uma forma de permitir que a decisão judicial sobre questões coletivas vá além de tratar apenas do que diz respeito às partes do processo, abrangendo, portanto, não somente relações lineares, mas também feixes de relações complexas. Percebeu-se que, em alguns casos, é exigido do Judiciário que responda a uma situação concreta de maneira difusa e gradual por meio de várias “medidas que se imponham gradativamente” (ARENHART, 2013, p. 6), fenômeno que Arenhart (2013, p. 12) chama de “provimentos em casca-

ta”. Assim, os processos ditos *estruturais*, que contêm respostas judiciais progressivas, têm em vista uma situação futura, mantendo em perspectiva como as coisas devem ser. Desse modo, o juiz que profere decisões estruturais está preocupado em obter a “mais perfeita resolução da controvérsia como um todo” (ARENHART, 2013, p. 6), a médio ou longo prazo.

Nos Estados Unidos da América, a doutrina costuma entender que a origem da *structuralreform* está no *leading case* de 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*, no qual a Suprema Corte pôs fim à ideia do *separatebutequal*, a fim de rechaçar o sistema de educação com base na segregação racial que estava em vigor nas escolas estadunidenses, sob o argumento de que ele estaria em desacordo com a Décima Quarta Emenda da Constituição estadunidense (JOBIM, 2013, p. 11). Porém, para que essa decisão em prol da dessegregação, que versava sobre uma prática tão disseminada e enraizada na cultura estadunidense, pudesse ser verdadeiramente eficaz, a Suprema Corte utilizou das *structuralinjunctions* para implementar a reestruturação do sistema educacional. Assim, em 1955, no caso *Brown v. Board of Education of Topeka II* (*Brown II*), a Corte se debruçou novamente sobre o caso para analisar as resistências à implementação do modelo educacional sem segregação (JOBIM, 2013, p. 23). Dessa forma, foi dado às escolas estadunidenses tempo para se adaptarem à decisão do ano anterior, o que seria fiscalizado em cada distrito pelas Cortes Distritais, colocando-se em prática uma reforma que se daria de maneira não automática, mas gradativa e estrutural.

Assim, a partir do final da década de 1960, procurou-se aplicar a técnica do processo estrutural – inicialmente utilizada para promover uma mudança no sistema escolar – para reformar também, por exemplo, hospitais e prisões (FISS, 2017, p. 25). Nesse sentido, as decisões estruturais mostraram-se uma técnica processual muito útil para, de maneira progressiva, cessar violações a direitos fundamentais e, por conseguinte, dar concretude a disposições constitucionais e normas internacionais.

É importante notar que o processo estrutural desafia algumas noções tradicionais sobre o papel da Jurisdição, do processo em si e do juiz. No processo estrutural, a atuação do juiz não tem como objetivo apenas resolver um conflito, visando ao que é de interesse para as partes processuais, e sim aplicar a legislação no caso concreto de maneira a efetivar direitos. Assim, nas palavras de Owen Fiss(2017, p. 28):

[o papel do juiz] não é servir os interesses particulares dos litigantes (para resolver o seu desacordo), mas sim defender o Direito, a Constituição acima de tudo, e dar-lhe significado e expressão concretos na vida da Nação.

De acordo com o autor, o Poder Judiciário tem como função proteger a Constituição (FISS, 2017, p. 21), fazendo dela uma “verdade viva”. Partindo-se de uma ideia mais ampla de democracia, isso justificaria uma atuação jurisdicional atípica e contramajoritária em prol de garantir os direitos mais fundamentais e que aparecem como norteadores do Estado Democrático de Direito instituído a partir de 1988, interferindo “em políticas públicas e escolhas orçamentárias quando houverum caso de grave ofensa aos preceitos fundamentais elencados na Lei Maior” (BASTOS; KRELL, 2017, p. 307).

3. O uso de decisões estruturais com relação à violação de direitos fundamentais nos sistemas penitenciários: o Caso de Arkansas

Segundo Fiss (2017, p. 26), “o uso da *structuralinjunction* alcançou seus mais notáveis êxitos em litígio de reforma prisional”. A relação entre a reforma estrutural e as condições do sistema penitenciário é natural, visto que os problemas prisionais estão, frequentemente, ligados a uma violação generalizada de direitos fundamentais e que demanda que o Poder Público aja de forma estrutural para corrigi-la¹.

¹ É importante ressaltar que essa compatibilidade se deve também à complexidade da situação fática que compreende o sistema prisional. Isso porque a regra é que a decisão estrutural seja utilizada de forma subsidiária, quando uma resposta judicial mais simples e menos custosa não seria a mais eficiente e adequada para solucionar a questão (ARENHART, 2013, p. 10). No entanto, nos litígios que promovem a abolição de ilegalidades nas prisões e

Nos Estados Unidos, a primeira vez em que foi questionada a constitucionalidade de todo um sistema carcerário estadual foi o caso em que todo o sistema prisional do Estado de Arkansas foi o objeto de decisões estruturais que visavam a uma reforma completa (VIOLIN, 2017, p. 307), pois convivia com vários problemas muito graves (entre eles, a superlotação, a segregação racial, a violência entre os presos, as punições arbitrárias, a corrupção e crueldade dos carcereiros, o trabalho forçado, a falta de atendimento médico e o uso de *trusties*, presos de confiança aos quais eram concedidos poderes dentro das prisões). Essas reformas foram feitas mediante ao menos seis causas, as quais tramitaram entre 1969 e 1982, sendo que as mais significativas para este estudo são aquelas que foram nomeadas como *Holt v. Sarver II (Holt II)*, *Holt v. Hutto (Holt III)* e *Finney v. Hutto*, todas julgadas pelo juiz Henley (VIOLIN, 2017, p. 305).

Holt II foi um conjunto de demandas agrupadas por Henley, as quais tanto questionavam questões mais pontuais do regime prisional como atacavam o próprio sistema carcerário como um todo, utilizando de uma “causa de pedir aberta” e “pedidos fluidos” (VIOLIN, 2017, p. 320) que davam mais liberdade ao magistrado em face das restrições impostas pelo princípio da demanda. Era necessária essa fluidez porque esse processo visava à implantação de medidas concretas, em um futuro próximo, para combater as ilegalidades dentro dos presídios, afastando-se, portanto, da ideia tradicional do processo voltado à mera solução da lide entre as partes. No caso, Henley teve a sensibilidade para entender que a situação inconstitucional do sistema carcerário era tão complexa que demandava uma reforma estrutural:

[...] o fracionamento do caso em inúmeras demandas especificamente destinadas a corrigir uma ou outra prática seria impossível. A inconstitucionalidade do sistema vinha em conjunto, não de medidas isola-

das. O complexo prisional do Arkansas deveria sofrer uma reforma em sua estrutura. Uma reforma estrutural.

Anote-se aqui um elemento essencial para a correta compreensão dos litígios estruturais. A reforma integral do sistema carcerário não decorreu de um capricho do Judiciário, do autoritarismo do magistrado ou do seu ativismo político. Foi a natureza da causa de pedir que levou a essa consequência. O entrelaçamento de diversas condutas e situações de fato tornava inócua uma medida pontual. A complexidade da demanda exigia reforma global. A natureza estrutural de uma demanda não decorre da vontade dos sujeitos, mas das características da causa. (VIOLIN, 2017, p. 321)

Na decisão, Henley estabeleceu requisitos mínimos que tornariam o sistema prisional tolerável e, em vez de estipular um prazo para a implantação de medidas ou de utilizar um método coercitivo, determinou a apresentação de um relatório pelo Estado, que deveria tentar modificar a situação com a devida diligência e empenho. Dessa maneira, seria possível não apenas fiscalizar as correções que seriam feitas, mas também usar um método de tentativa e erro, adaptando-se as decisões seguintes às necessidades que viessem a surgir no caso concreto. Assim, após a apresentação de cada relatório, o juízo determinava uma nova ordem, exigindo uma nova atuação quanto aos resultados que foram insatisfatórios, de modo que o cumprimento da sentença ocorria “de forma circular” (VIOLIN, 2017, p. 324).

Em seguida, houve o julgamento de *Holt III*, que reunia novas ações. Ao contrário de *Holt II*, cujas decisões tinham caráter mais genérico, visando a uma reforma ampla, *Holt III* trouxe à luz problemas específicos que persistiam nas prisões. Afinal, uma vez que a situação geral já havia sido modificada, caminhando para a constitucionalidade, foram trazidos ao Judiciário detalhes que ainda precisariam ser enfrentados. Entretanto, essa análise mostrou-se mais difícil: pelo que Violin chama de “paradoxo da conformidade”, a atividade jurisdicional ia se tornando mais complexa à medida que o sistema prisional passava a estar mais em conformidade com os valores constitucionais (VIOLIN, 2017, p. 326). Dessa forma, Henley debruçou-se sobre algumas minúcias, mas também afirmou que,

diante das melhorias contínuas feitas pela administração, passou a ser desnecessário que a supervisão judicial continuasse (VIOLIN, 2017, p. 327).

Todavia, em grau recursal, a Corte do 8º Circuito entendeu que “o Estado havia se adequado apenas parcialmente aos valores constitucionais” (VIOLIN, 2017, p. 328), sendo necessário, portanto, que se desse continuidade à reforma do sistema carcerário. Para isso, sugeriu-se a nomeação de fiscais que fariam um monitoramento no local, recorrendo-se, para isso, à figura processual do *specialmaster*.

Na sequência, houve nova reunião de processos, constituindo-se aquele conhecido por *Finney v. Hutto*. Nesse caso, Henley fez um exame “abrangente” e “minucioso”, analisando diversos pormenores com base nas informações colhidas durante a instrução. No entanto, Henley deixou claro que retiraria a supervisão judicial e encerraria o caso tão logo as questões pontuais referidas fossem sanadas. Em seguida, Henley deixou a condução da causa.

Ao final da reforma estrutural conduzida pelo Judiciário, as violações nas prisões do Arkansas deixaram de ser a regra e passaram a ser excepcionais (VIOLIN, 2017, p. 334).

O caso de Arkansas representou uma mudança de paradigma nos litígios com relação ao sistema penitenciário nos Estados Unidos e a sua repercussão foi tal que a *prisonreformlitigation* através das recém-inauguradas *structuralinjunctions* levou a uma nova onda de processos estruturais que já haviam questionado, ainda na década de 1990, a constitucionalidade da grande maioria dos sistemas prisionais estaduais (VIOLIN, 2017, p. 307).

4. A reforma estrutural proposta ao STF na ADPF 347

Embora litígios pela reforma prisional sejam diversos nos Estados Unidos, foi apenas recentemente, no Brasil, que foi trazida ao STF uma proposta de reforma para solucionar a crise do sistema penitenciário

brasileiro. Em 9 de setembro de 2015, o Plenário do STF julgou pedido de medida liminar na ADPF 347 do Distrito Federal. Por meio da ADPF 347, o Partido Socialismo e Liberdade – PSOL pretendeu, no mérito, o reconhecimento de que há um Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, o qual violaria direitos fundamentais dos presos e seria decorrente de ações e omissões do Poder Público. Entre os problemas mais graves citados estavam a superlotação nos presídios², as condições degradantes às quais os presos eram submetidos e a disseminação do crime dentro das próprias prisões, dificultando a ressocialização. Segundo o arguente, essa situação de violações generalizadas ofenderia a dignidade humana e requereria a adoção de providências estruturais – por isso, foram feitos oito pedidos em sede cautelar (visto o seu caráter de urgência), cuja maioria trata da atuação do Poder Judiciário como catalisador do encarceramento em massa.

Embora o Tribunal já houvesse decidido questões pontuais relacionadas a inconstitucionalidades nos presídios, essa foi a primeira vez em que foi trazida ao STF a problemática do reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional, conceito este “importado” da Corte Constitucional da Colômbia. A Corte Colombiana foi pioneira em reconhecer, em determinadas situações,

[...] um quadro insuportável e permanente de violação massiva de direitos fundamentais, que não poderia subsistir e que exigia, sem dúvida nenhuma, uma intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e que demandava, inclusive, medidas de natureza orçamentária. (BRASIL, 2016b, p. 178)

A jurisprudência colombiana também definiu critérios para a existênciado Estado de Coisas Inconstitucional: em suma, seria preciso que se constatasse um caráter generalizado de violações a direitos fundamentais e que houvesse um fator estrutural tanto na origem e manutenção dessa

2 Segundo os dados disponíveis na época, a taxa de ocupação dos presídios brasileiros era de 161%, sendo 607.731 presos para 376.669 vagas (BRASIL, 2015, p. 11). Segundo os dados oficiais mais recentes, a taxa de ocupação é de 171%, pois a população carcerária é de 726.354 pessoas, enquanto as vagas no sistema prisional são 423.242 (BRASIL, 2019, p. 7).

situação (uma “falha estrutural” do Poder Público) quanto na sua possível solução – isto é, que a superação desse estado de coisas demandasse mudanças estruturais (CAMPOS, 2015). Na ADPF 347, os Ministros do STF utilizaram o conceito de Estado de Coisas Inconstitucional quanto ao sistema penitenciário brasileiro para fundamentar o julgamento da liminar.

O resultado do julgamento foi pelo deferimento parcial da liminar, tendo sido concedidas medidas cautelares para determinar: aos juízes e tribunais que realizem, em até noventa dias, audiências de custódia³, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de vinte e quatro horas, contados do momento da prisão; e à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen para a sua utilização dirigida à finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Dessa forma, não foram concedidas cautelares com o objetivo de melhorar o conteúdo das decisões judiciais – no sentido de que estas deveriam ser motivadas e voltadas, quando possível, à descarcerização (por exemplo, aplicando-se penas alternativas à prisão) – e de requerer a adoção de providências administrativas pelo Judiciário (que o Conselho Nacional de Justiça – CNJ coordenasse mutirões carcerários para revisar os processos de execução penal em curso que envolvessem a aplicação da pena privativa de liberdade).

A decisão do STF foi criticada em razão de, por um lado, impor medidas que, apesar de necessárias, não são novas e, por outro, indeferir as cautelares que teriam o maior impacto no sistema carcerário: não obstante alguns Ministros terem se referido à cultura excessivamente punitiva do Judiciário como o principal fator que contribuiu para o encarceramento em massa no Brasil, as suas falas foram despidas de autoridade por não terem se convertido em uma ordem judicial concreta direcionada aos magistrados. Para Rubens Glezer e Eloísa Machado (2015), “ao deferir algumas cautelares sem conceder nenhuma daquelas

3 A audiência de custódia é um ato processual promovido pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ pelo qual o preso em flagrante é levado à presença de um juiz para ser ouvido, acompanhado de advogado ou defensor público. O magistrado pode decidir pelo relaxamento da prisão se considerá-la ilegal ou tomar outras providências, tais como a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, ou a substituição da prisão em flagrante por medida cautelar (BRASIL, 2016a, p. 5).

dirigidas aos juízes, o potencial de mudança estrutural da decisão foi anulado”, esvaziando a decisão.

Com efeito, entre dezembro de 2015 e junho de 2017 (portanto, no período logo após a decisão do STF ter sido proferida), a população carcerária no Brasil aumentou em 27.736 pessoas⁴, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias –Infopen. No mesmo período, a quantidade de pessoas presas sem terem sido condenadas aumentou em 8.918⁵, ao passo que houve um aumento de 28.242 e 9.496 do número de presos em regime fechado e semiaberto, respectivamente. Enquanto isso, diminuiu em 2.711 o número de pessoas presas em regime aberto. Ora, a comparação entre esses dados leva à conclusão de que o aumento da população carcerária ocorreu, em grande medida, em virtude das prisões provisórias (incluindo prisões em flagrante, preventivas e temporárias) e das condenações ao cumprimento da pena privativa de liberdade nos regimes mais gravosos (fechado e semiaberto). A princípio, essa constatação acaba por confirmar a tese de Glezer e Machado de que a decisão liminar do STF não contribuiu, de fato, para uma reforma estrutural no sistema carcerário quanto ao fator da superlotação carcerária. A ineficácia (ao menos parcial) da decisão provavelmente se deve a pelo menos dois motivos: a) a implementação das medidas determinadas pelo STF tem demorado ou apresentado dificuldades, especialmente quanto à realização das audiências de custódia no prazo de 24 horas após a prisão; e b) a realização de audiências de custódia, por si mesma, é incapaz de diminuir significativamente a quantidade de presos, tendo em vista que ela concorre com outros fatores que não foram afetados pela decisão (por exemplo, a opção de parte dos magistrados em deixar de aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, de condenar o réu ao cumprimento da pena em

4 Em dezembro de 2015, a população carcerária era formada por 698.618 pessoas privadas de liberdade (BRASIL, 2017a, p. 8); em junho de 2017, esse número passou para 726.354 (BRASIL, 2019, p. 7).

5 Em 2003, os presos sem condenação eram apenas 22% da população carcerária (BRASIL, 2017b, p. 13). Em junho de 2016, esse número passou para alarmantes 40%, mas decaiu para 33% na mesma época do ano seguinte (BRASIL, 2019, p. 16).

regime mais gravoso ou, ainda, de preferir a prisão provisória em casos em que ela seria prescindível⁶).

Ocorre que, em fevereiro de 2016, em acórdão proferido no *Habeas Corpus* – HC nº 126.292 originário do Estado de São Paulo, o STF entendeu pela possibilidade do início da execução da pena após condenação em segunda instância. Por consequência, o Tribunal acabou por, necessariamente, agravar o problema da superlotação nos presídios brasileiros⁷. Afinal, por esse entendimento, além dos presos provisórios, são presos diversos condenados sem o trânsito em julgado da decisão e que podem, até mesmo, ser absolvidos, ter a sua punibilidade extinta ou ter a sua pena cominada reduzida nas instâncias superiores. Portanto, embora os Ministros tenham reconhecido a superpopulação carcerária no Brasil e as consequentes (ainda que não decorrentes apenas desse fator) condições degradantes e indignas a que os presos estão submetidos, eles pouco fizeram para solucionar esse problema (com exceção de determinar a realização de audiências de custódia, que verificam a legalidade das prisões efetuaadas), chegando, até mesmo, a agravá-lo, já no ano seguinte à decisão proferida em sede cautelar na ADPF 347⁸.

De fato, é inegável que a ADPF 347 tem diversas das características de um processo estrutural, ainda em caráter liminar⁹: o objetivo da deci-

6 Quanto à última hipótese, cabe citar os dados mais recentes do Infopen: em junho de 2017, mais da metade da população que ocupava o sistema penitenciário nos Estados do Piauí, do Amazonas, da Bahia e de Sergipe era de presos provisórios (BRASIL, 2019, p. 17).

7 Os dados do Infopen não diferenciam os presos já condenados definitivamente daqueles que já têm condenação ainda recorrível. Porém, podem-se citardados da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, segundo a qual, entre 18/02/2016 e 04/04/2018, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo expediu 13.887 mandados de prisão fundamentados no HC 126.292 (MUNERATTI, 2018).

8 Essa contradição foi levantada pelo Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto vencido proferido no HC 126.292: “Eu também, respeitosamente, queria manifestar a minha perplexidade desta guinada da Corte com relação a esta decisão paradigmática, minha perplexidade diante do fato de ela ser tomada logo depois de nós termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro está absolutamente falido. E mais, nós afirmamos, e essas são as palavras do eminente Relator naquele caso, que o sistema penitenciário brasileiro se encontra num estado de coisas inconstitucional. Então, agora, nós vamos facilitar a entrada de pessoas neste verdadeiro inferno de Dante, que é o nosso sistema prisional? Ou seja, abrandando esse princípio maior da nossa Carta Magna, uma verdadeira cláusula pétreia. Então isto, com todo o respeito, *data venia*, me causa a maior estranheza” (BRASIL, 2016c, p. 98).

9 Quanto ao mérito da causa, esse caráter estrutural é ainda mais evidente, tendo em vista que há o pedido pela elaboração de um plano nacional visando à superação do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário dentro de três anos, afetando-o de maneira global.

são é o de efetivar direitos fundamentais relativos a uma coletividade, não se restringindo à simples solução de um litígio entre as partes; as cautelares concedidas destinam-se a ordenar medidas que devem ser observadas no futuro e estabeleceram-se prazos para a adaptação dos juízes e dos tribunais (quanto à realização das audiências de custódia) e da União (quanto ao descontingenciamento das verbas do Funpen), o que evidencia uma implementação progressiva; foi, ainda, concedida “cautelar de ofício”¹⁰ para que seja determinado à União e aos Estados (em especial o Estado de São Paulo, de cujos dados não se dispunha) o encaminhamento de informações sobre a situação do sistema carcerário ao Tribunal, o que foi pensado pelos Ministros como uma medida útil ao julgamento final da causa. Aliás, esse caráter evidentemente estrutural foi reconhecido pelos próprios Ministros¹¹.

Contudo, percebe-se que a decisão proferida em sede cautelar, diante do resultado do julgamento, é incapaz de contribuir efetivamente para uma reforma estrutural no sistema penitenciário brasileiro. Isso porque não foram estabelecidas medidas que realmente sejam efetivas e novas para solucionar ou, ao menos, aliviar os quadros mais graves referentes às violações de direitos fundamentais nos presídios brasileiros. Portanto, por mais que a decisão do STF tenha o seu impacto, ele dificilmente contribuirá para o alívio do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema prisional.

Ademais, não foram diligenciadas técnicas que tenham se mostrado úteis no caso do sistema penitenciário do Arkansas, como a fiscalização

10 Segundo o Ministro Luís Roberto Barroso, trata-se de cautelar concedida *ex officio* (BRASIL, 2016b, p. 77). Porém, essa situação parece ser apenas um requerimento antecipado de prova, pois, como evidenciado por diversos dos Ministros, seria proveitoso para fins instrutórios do processo, de forma que os votos do julgamento do mérito pudessem ser mais bem fundamentados, tendo como base dados oficiais e completos.

11 Por exemplo, o Ministro Barroso, em seu voto, afirmou que não há na ADPF em questão a indicação de um descumprimento de preceito fundamental por ato específico do Poder Público, e sim “um conjunto de ações omissões notórias que fazem com que se tenha esse estado degenerado de inconstitucionalidade por falha estrutural do sistema” (BRASIL, 2016b, p. 72). O Ministro Gilmar Mendes argumentou que “O atendimento do pedido, por um lado, modifica a legislação penal e processual, estabelecendo normas de Direito Penal e Processual não previstas até o momento. Por outro lado, determina a adoção de políticas públicas significativas para atender aos ditames da Constituição. Quanto ao cumprimento da decisão, pede-se que o Supremo Tribunal retenha a jurisdição, fiscalizando sua execução” (BRASIL, 2016b, p. 135). O mesmo Ministro, ao referenciar *Brown v. Board of Education* e cobrar “uma certa centralidade na execução”, apontou que o CNJ poderia “dar sequência a esse diálogo institucional complexo com os estados membros, com as secretarias de justiça, com o Ministério da Justiça” (BRASIL, 2016b, p. 202).

por meio de relatórios elaborados pela União (para que fosse averiguada a destinação das verbas descontingenciadas do Funpen ao sistema prisional¹²) ou pelos órgãos do Poder Judiciário (para avaliar a implementação e a regularização da realização das audiências de custódia) ou, ainda, por meio de uma espécie de inspetor visitante (que poderia vistoriar, por exemplo, os presídios em que a situação é considerada mais grave, gerando relatórios e sugestões que poderiam ser aplicadas tanto naquele caso modelo quanto nas demais prisões no país)¹³.

Com essa análise não se quer dizer que as medidas cautelares concedidas pela Corte Superior não foram em nada úteis: elas são indubitavelmente necessárias e, obviamente, têm importante efeito prático (a avaliação na audiência de custódia de eventuais ilegalidades na prisão é um direito fundamental imprescindível – sem o qual o Brasil estaria descumprindo o Pacto de San José da Costa Rica – e que alivia o sistema penitenciário de prisões desnecessárias¹⁴, enquanto o descontingenciamento das verbas da União destinadas ao Funpen é absolutamente necessário para possibilitar melhorias na infraestrutura dos presídios e na garantia de direitos dos presos).

No entanto, mesmo que se leve em conta que essa prestação jurisdicional tem apenas caráter liminar para o controle de riscos, essas medidas, por si só, são insuficientes, visto que não transformam – a fundonem, quicá, superficialmente – a atuação do Judiciário na política de encarceramento.

12 Nos autos da ADPF 347, os Estados da Bahia e do Ceará peticionaram alegando a resistência da União quanto à liberação dos recursos do Funpen, tendo o STF, em ambos os casos, deferido os pedidos para determinar à União a liberação dos valores. Houvesse a obrigação da União de apresentar ao STF relatórios sobre o cumprimento da decisão, ela dificilmente seria descumprida e o processo poderia tramitar de forma mais rápida. Além disso, em caso de descumprimento, a apresentação dos relatórios permitiria ao STF uma resposta mais rápida, tendo em vista que a situação nos presídios brasileiros é tão grave que tem caráter emergencial.

13 No julgamento do mérito, apresentam-se como medidas úteis, por exemplo, a ocorrência de audiências públicas que promoveriam uma prática dialógica entre as esferas de poder envolvidas (KOZICKI; VAN DER BROOKE, 2018), a instauração de uma comissão técnica para avaliar pessoalmente as condições em pelo menos alguns dos presídios brasileiros e o uso das provas estatísticas, as quais seriam úteis para a determinação de um diagnóstico mais adequado e, conseqüentemente, na “escolha dos mecanismos de solução da controvérsia e, em particular, das técnicas de efetivação dos provimentos judiciais” (ARENHART, 2019, p. 674). Essas medidas possibilitariam uma progressiva correção da situação inicial de violação generalizada de direitos, pois permitiriam ao julgador, tendo uma ideia mais clara do estado das coisas e das implantações e dos impactos das mudanças feitas, tomar a melhor decisão por meio de uma percepção de “tentativa e erro”.

14 Segundo dados do CNJ, desde a implementação das audiências de custódia, em 2015, até maio de 2016, 40.584 presos preventivos foram liberados da prisão (BRASIL, 2016a, p. 18-19).

Portanto, o papel do Poder Público – e, mais especificamente, do Judiciário – ao privar a população penitenciária dos direitos mais elementares da pessoa humana, apesar de mencionado pelo STF, não foi afetado pela decisão proferida na ADPF 347 tanto quanto isso seria possível, uma vez que o STF teria contribuído muito mais para uma reforma em caráter de urgência no sistema penitenciário – especialmente quanto à questão da superlotação dos presídios – se tivesse deferido a concessão ao menos das outras três cautelares propostas na inicial que seriam concedidas caso a maioria dos Ministros tivesse acompanhado o voto do relator (como fizeram os Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski), em vez de reservá-las à decisão de mérito. Assim, não obstante o fato de o STF ter reconhecido em cognição sumária o Estado de Coisas Inconstitucional nos presídios brasileiros em geral¹⁵, ele atuou de maneira menos efetiva do que poderia ter atuado para alterar essa situação em caráter liminar, fazendo com que uma decisão de caráter estrutural fosse ineficaz em ensejar uma verdadeira reforma estrutural a título emergencial que atingisse de maneira significativa as falhas estruturais do sistema penitenciário brasileiro, principalmente no que tange à contribuição do Judiciário para a superlotação dos presídios¹⁶. Isso porque uma atuação mais enfática do STF ao conceder determinadas ordens, embora não resolvesse como que “num piscar de olhos” a crise inconstitucional do sistema penitenciário no Brasil, certamente contribuiria para, ao menos, aliviar o problema, por ora. Ademais, ao fim e ao cabo, essa postura um tanto hesitante da Corte no

15 O reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional é um dos pedidos relativos ao mérito; no entanto, nas palavras da Ministra Rosa Weber, o voto do relator contém “premissas ensejadoras doreconhecimento, ainda que em juízo de delibação, do estado de coisasinconstitucional” (BRASIL, 2016b p. 104). De fato, os votos da maioria dos Ministros utilizaram-se do conceito de Estado de Coisas Inconstitucional como fundamento para o provimento de duas das cautelares cuja concessão foi requerida pela parte. A dissonância mais clara foi a do Ministro Gilmar Mendes, que não quis aceitar a tese desde já, pois entendeu que bastava o reconhecimento da existência de uma “omissão administrativa sistemática” (BRASIL, 2016b, p. 133).

16 Sobre o assunto, o Ministro Gilmar Mendes declarou que “nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema” e que “temos grande responsabilidade na manutenção desse quadro caótico” (BRASIL, 2016b, p. 137). A Ministra Carmen Lúcia afirmou que “O Ministro Gilmar Mendes tem repetido, algumas dezenas de vezes, que este é um problema nosso, porque o Judiciário manda prender, o Judiciário manda soltar, o Judiciário tem a obrigação defiscalizar, e o Judiciário é o responsável, representa o Estado que tem essa pessoa sob a sua guarda. Portanto, é preciso haver uma grandetransformação” (BRASIL, 2016b, p. 125-126).

juízo liminar da ADPF 347 assume uma conotação mais gravosa quando contraposta com o seu posicionamento no julgamento do HC 226.192, como já mencionado.

Por fim, é preciso ressaltar que a ação ainda está em trâmite e, dada a sua complexidade, é possível que decorra um certo tempo para que o mérito da causa seja julgado. Essa razão acaba por tornar o indeferimento de cautelares que combatiam a cultura punitivista do Judiciário mais grave: a liminar da ADPF 347 poderia ter contribuído para uma maior alteração, desde logo, e ao menos em parte, do quadro do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário (que, ao que tudo indica, será declarado formalmente pelo Tribunal no mérito), já que teria um reflexo direto na redução da população carcerária. Aliás, como já foi mencionado, no período entre o julgamento da liminar e o julgamento final houve decisão do STF no sentido de autorizar o cumprimento da pena sem o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que agrava ainda mais o quadro de superlotação nas prisões. Portanto, de um ponto de vista prático, a decisão liminar na ADPF 347 teve os seus efeitos muito reduzidos se comparados com aqueles que poderiam ter sido atingidos, caso tivesse sido outra a compreensão do Tribunal¹⁷.

Todavia, como a decisão de mérito ainda não foi proferida, pode-se considerar a possibilidade de que a decisão liminar na ADPF 347 se constitua em um primeiro (e tímido) passo em direção a uma verdadeira e mais completa reforma estrutural do sistema penitenciário do Brasil. De fato, os pedidos de mérito que serão analisados pelo Tribunal são muito interessantes do ponto de vista estrutural e, nesse sentido, pode-se enxergar a decisão liminar como um início de uma mudança futura que corrigirá – ou, ao menos, atenuará – o Estado de Coisas Inconstitucional.

¹⁷Entretanto, a visão do Ministro Edson Fachin – cujo voto foi no sentido de deferir a cautelar que determinaria a realização de mutirões carcerários, além do deferimento das duas cautelares que foram concedidas – era mais otimista: concedendo parte das cautelares, o STF estaria “dando indicações ao Poder competente para que tome medidas, desde logo, aptas a dar início a um processo de mudança da atual situação de violação massiva de direitos fundamentais dos encarcerados e deixando para analisar mais detidamente o caso e os demais pedidos requeridos quando da devida análise do mérito” (BRASIL, 2016b, p. 65). Porém, como já mencionado, é difícil a avaliação dos efeitos práticos da decisão, em razão da falta de dados estatísticos completos e atualizados.

5. Conclusões

Não é possível pensar em um modelo de Estado Democrático de Direito em que a dignidade da pessoa humana seja frequentemente violada de forma tão aberta, legitimada, disseminada e reiterada pelo próprio Estado como ocorre no sistema penitenciário brasileiro. Por isso, partindo-se dos princípios norteadores da chamada *Constituição Cidadã*, é necessário que procuremos caminhar para um sistema penitenciário que se aproxime, o máximo possível, do dever-ser¹⁸. Nesse sentido, a concretização dos direitos e garantias fundamentais é imprescindível e faz-se necessário pensar em novas formas de possibilitá-la. Uma dessas formas é o mecanismo do processo estrutural, o qual se propõe a permitir uma solução dialogada institucionalmente e que viabilize a efetivação progressiva dos direitos fundamentais.

O STF já foi e continuará sendo confrontado com a questão do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário e, a depender do rumo que o julgamento de mérito da ADPF 347 seguir, poderá possibilitar uma verdadeira reforma estrutural para esse problema extremamente complexo. Essa árdua tarefa poderá ser de certa forma facilitada se for considerado aquilo que já se aprendeu sobre esse tipo de processo com o Direito estadunidense, em especial no caso do amplamente reformado sistema penitenciário do Arkansas (por mais que o caso brasileiro tenha as próprias peculiaridades).

Com o julgamento liminar da ADPF 347, o STF, apesar de ter decidido de forma possivelmente hesitante ou conservadora (e contraditória com relação ao julgamento proferido meses depois no HC 126.292), mos-

18 Em seu voto, o Ministro Celso de Mello considerou inquestionável que “a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República. Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos” (BRASIL, 2016b, p. 153).

trou-se aberto ao reconhecimento da necessidade de uma mudança estrutural que altere o Estado de Coisas Inconstitucional que atualmente vigora nas penitenciárias brasileiras. A concessão das medidas cautelares na ADPF 347 é um importante marco na qualidade de possível início de uma reforma estrutural mais ampla do sistema penitenciário que poderá ser efetuada a partir do julgamento de mérito da mesma ADPF, o qual dependerá de uma atuação enfática, assertiva e criativa do STF e, sem dúvida, do “desenho de soluções e de iniciativas de trabalho conjunto entre diferentes órgãos e poderes, buscando amáxima efetividade no enfrentamento das violações de direitos no sistema prisional brasileiro” (SBDP, 2015, p. 22). Nesse sentido, é preciso ressaltar o papel contramajoritário da Corte Superior em concretizar direitos fundamentais de grupos marginalizados, para que a norma constitucional se torne, cada vez mais, uma realidade.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. A prova estatística e sua utilidade em litígios complexos. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 661-677, 2019. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n1/2179-8966-rdp-10-1-661.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. 2013. Disponível em: <https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro>. Acesso em: 14 jun. 2019.
- BASTOS, Douglas de Assis; KRELL, Andreas Joachim. O Estado de Coisas Inconstitucional como ativismo dialógico-estrutural para concretização de direitos fundamentais: limites para o controle judicial de políticas penitenciárias. **Revista Jurídica Direito & Paz**, Lorena, ano IX, n. 37, p. 293-308, jul./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/6FC8363C9E2E490CE050A8CoDD017248>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Audiência de custódia**. Brasília, 2016a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0aboeb26b96fdeaf529fodec09b.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Jurídica. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**: Junho de 2014. Brasília, 2015. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen_jun14.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Jurídica. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**: Dezembro de 2015. Brasília, 2017a. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2015_2311.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Jurídica. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**: Atualização – Junho de 2016. Brasília, 2017b. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/relatorio_2016_2211.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Jurídica. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen**: Atualização – Junho de 2017. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 347. Origem: Distrito Federal. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Decisão liminar proferida em 9 de setembro de 2015. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 19 fev. 2016b. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 126.292. Origem: São Paulo. Paciente: Márcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Cláudia de Seixas. Decisão de julgamento proferida em 17 de fevereiro de 2016. Relator: Ministro Teori Zavascki. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 17 maio 2016c. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=309493860&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. **JotaMundo**, 4 maio 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/jotamundo-estado-de-coisas-inconstitucional-04052015>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

CNJ divulga os mais recentes dados sobre a população carcerária no Brasil. **Justificando**, 8 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/08/cnj-divulga-os-mais-recentes-dados-sobre-a-populacao-carceraria-no-brasil/>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

FISS, Owen. Fazendo da Constituição uma verdade viva: quatro conferências sobre a structuralinjunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 25-52.

GLEZER, Jordão; MACHADO, Eloísa. Decide, mas não muda: STF e o estado de coisas inconstitucional. **Jota**, 9 set. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decide-mas-nao-muda-stf-e-o-estado-de-coisas-inconstitucional-09092015>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

JOBIM, Marco Félix. **Brown v. BoardofEducation**: a origem das medidas estruturantes.2013. Disponível em: < https://www.academia.edu/31416585/Brown_v_Board_of_Education.docx>. Acesso em: 14 jun. 2019.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “Estado de CoisasInconstitucional”: ativismo dialógicoe democratização do controle deconstitucionalidade no Brasil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 53,p. 147-181, jul./dez. 2018. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/art%206%20direito%2053.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

MUNERATTI, Rafael. **Execução antecipada da pena após acórdão de 2ª instância**: dados estatísticos do núcleo de segunda instância e tribunais superiores – Brasília/DF. Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/ccjc/audiencias-publicas/audiencias-publicas-2015/pec-18-2011/apresentacao-do-sr-rafael-ramia-muneratti>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 305-405.

SBDP – Sociedade Brasileira de Direito Público. **Violações de direitos no sistema prisional, decisões estruturais e diálogo institucional**: análise de precedentes estrangeiros. São Paulo, 1º dez. 2015. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/01/09-contribuicao-sbdp-paraADPF347-01-12-15.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos estruturais**. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 303-352.

**Mulheres no cárcere:
relatos de experiência do projeto de
extensão promotoras legais populares - libertárias**

Lorena Gomes Arruda

Mélane Freitas Fortes

1. Introdução

O capitalismo é uma construção histórico-social que permeia todas as relações existentes, criando seus próprios mecanismos de controle sobre os indivíduos e pressionando ainda mais os grupos historicamente oprimidos, como mulheres e negros. Assim como a entrada da mulher no mercado de trabalho não significou a sua emancipação, confinando-a em uma nova forma de opressão, as garantias formais de igualdade de gênero não asseguram sua substancialidade, dado o aumento da taxa de aprisionamento de mulheres no Brasil em 34%, sendo quase a metade privada de liberdade sem condenação (INFOPEN MULHERES, 2018).

Ao avaliar-se tais conjecturas de desigualdade, fica evidente a necessidade de trabalho de base pautado na educação e conscientização popular acerca dos direitos humanos e acesso à justiça e cidadania e que parta de uma perspectiva de análise de casos particulares, estes situados no interior do sudoeste goiano, os quais, no entanto, são retratos de uma totalidade inserida num projeto de dominação-exploração estrutural da categoria homens (SAFFIOTI, 2001). Com o

intuito de amenizar as opressões, através do auxílio a materialização dos direitos das mulheres, para além da mera letra de lei, as Promotoras Legais Populares – Libertárias, de Jataí-GO, abordam a ciência da pesquisa e da extensão de maneira interseccional, realizando recortes de gênero, raça e classe, em uma perspectiva essencialmente feminista classista, valendo-se das premissas básicas de métodos críticos de análise histórico-social.

A partir de um estudo aprofundado da práxis social, as complexas hierarquias de gênero classistas e racistas são estudadas, tornando possível a criação de estratégias para a atuação deste projeto feminista. A assessoria jurídica prestada pelas Libertárias se dá por meio da educação popular jurídica, fundamentando-se na Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire e *Mulheres, Raça e Classe* de Ângela Davis no estudo sobre os métodos de controle social. Dessa forma a defesa e disseminação dos direitos humanos, justiça e cidadania sejam acessíveis as mulheres atendidas pelo projeto.

O projeto jataiense, afasta-se da tradicional forma de trabalho de outros grupos de Promotoras Legais Populares, comumente estruturada na organização de cursos, e direciona sua atenção ao sistema prisional feminino local e suas problemáticas sobre raça, gênero e seletividade penal.

Por meio da incursão nesse espaço nos deparamos com a necessidade do estudo aprofundado sobre os paradigmas que rodeiam as mulheres em situação de cárcere. A mulher, enquanto sujeito ativo, é negligenciada já que adesão das mulheres ao conteúdo humanitário veio tão somente na condição dos papéis fundamentais de gênero, enquanto filhas, esposas e mães. Tal condição advém de um projeto pedagógico cuidadosamente arquitetado, em se tratando das categorias de classe, por meio da conciliação dos discursos teológicos, médicos e jurídicos.

Marcadas como “pecadoras desde o Éden”, as mulheres sempre conheceram os espaços de confinamento, seja nos próprios quartos, nos

conventos, nos manicômios, e na modernidade regrada pelo capital, nas prisões. A submissão feminina aos espaços de violência, mais que legitimado pelas instituições, principalmente religiosas, é um projeto de Estado. (MENDES, 2017)

Inicialmente, foram mapeadas as principais demandas, para que as ações pudessem ser organizadas por meio da análise das violações dos direitos das acusadas que ainda que se mostrem diversas e profundas, são apenas um reflexo da conjuntura nacional. Além disso, as atividades desenvolvidas se pautam na educação popular e na escuta ativa das mulheres em situação de cárcere.

Nos atentamos a invisibilização das características de gênero que levam encarceramento e os estereótipos que as imputam penas mais altas e o que se pode considerar como um duplo cumprimento de pena: o aparente e o subterrâneo, as “micro penas” impostas devido a sua categoria. Há de se falar também, da correlação direta entre o tipo penal utilizado na criminalização e o seu histórico de violência ocorrido devido ao sistema de dominação patriarcal (BORDIEU, 2014).

Visto tais problemáticas, levantou-se a necessidade de acompanhamento do presídio feminino, partindo da iniciativa das próprias participantes da extensão, que desenvolveram um trabalho consistente e periódico. Pouco tempo depois, iniciaram-se as atividades e discussões. As experiências transformaram os conceitos e as perspectivas sobre os privilégios, rótulos e o verdadeiro significado de encarceramento feminino e liberdade.

2. Formação das PLP's

Difundido em quase todos os países da América Latina, o projeto Promotoras Legais Populares, no Brasil, se originou a partir de um seminário sobre os direitos da mulher, que foi organizado pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos das Mulheres (CLADEM), na cidade de São Paulo, em maio de 1992. Nesse sentido, as

PLPs atuam de maneira a combater discriminação e opressão, pautando-se em ideais de justiça, dignidade e defesa dos direitos humanos das mulheres e de seu acesso à justiça, para que, possam ser reconhecidas no meio social e tenham seus valores e direitos, respeitados.

Na cidade de Jataí-, em maio de 2018, iniciou-se o projeto de extensão Promotoras Legais Populares - Libertárias, com o objetivo de abordar a ciência da pesquisa e da extensão de maneira interseccional, realizando recortes de gênero, raça e classe, em uma perspectiva essencialmente feminista classista, valendo-se das premissas básicas de métodos de análise histórico-social.

Após longas discussões e reuniões, o projeto jataíense, afastando-se da tradicional forma de trabalho de outros grupos de Promotoras Legais Populares, estruturada na organização de cursos; decidiu subdividir-se em 3 grupos de trabalho, denominados ‘frentes’, como forma de organização e direcionamento de atenção as atividades. São divididos em: o assentamento do MST Padre Josimo, o sistema prisional feminino local e o Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, todos localizados no município de Jataí-GO.

Não somente isso, o projeto se propôs a atuar como espaço contínuo de formação e organização, promovendo constantemente aulas públicas e eventos como mesas redondas, rodas de conversa e articulações com os demais grupos de extensão, pesquisa e coletivos de reação ao crescente conservadorismo.

Ademais, também atuamos em momentos conjunturais relevantes, como ocorreu na greve dos caminhoneiros, na qual a intervenção se deu em defesa dos direitos das funcionárias terceirizadas da Universidade Federal de Goiás-Regional Jataí e seus respectivos direitos trabalhistas e em momentos nos quais o posicionamento do grupo se mostra necessário.

No tocante ao espaço específico de atuação da frente do Presídio Feminino de Jataí-GO, inicialmente foram mapeadas as principais demandas, de forma que ações pudessem ser organizadas. Dessa forma,

foram realizadas diversas análises das violações dos direitos das acusadas que se mostraram diversas e profundas, conjuntamente com o trabalho pautado na educação popular e na escuta ativa das mulheres em situação de cárcere. Nesse sentido, as experiências transformaram os nossos conceitos e as perspectivas sobre os privilégios, encarceramento feminino e liberdade.

3. Relato de experiência na unidade prisional feminina de Jataí-GO

Elas são mulheres em sua maioria, negras, cerca de 62%, em idades entre 18 e 29 anos, contabilizando cerca de 50% do total e de pouca escolaridade, sendo 66% que, no máximo, concluíram o ensino fundamental e 15% o ensino médio. Esse é o perfil da população carcerária feminina no Brasil, que o INFOPEN Mulheres de 2016, nos traz de maneiras mais gerais. Nesse sentido, o perfil de mulheres dentro da unidade prisional de Jataí, não é muito diferente.

Não somente no que se refere ao perfil de mulheres, em se tratando das estruturas dos estabelecimentos prisionais, a realidade em Jataí também não é diferente da maioria dos presídios por todo país. Ao se pensar sobre o processo de construção dos presídios, pensado exclusivamente para homens, as unidades prisionais destinadas as mulheres, possuem suas estruturas ainda mais precárias. No que se refere a unidade prisional de Jataí, ela atende minimamente as necessidades das mulheres, uma vez que, até dezembro de 2018, as mulheres encarceradas viviam na casa de albergado da unidade, sendo um total de 28 mulheres dividindo 4 quartos e um banheiro de uso comum. Em dezembro de 2018, as mulheres foram remanejadas para um espaço com 4 celas, que antes eram projetadas para os homens foram e reformadas para as mulheres

Levando em consideração a extrema vulnerabilidade e fragilidade dos direitos das mulheres encarceradas, o grupo pôde se organizar e traçar um caminho a ser seguido, para que, primeiramente, elas pudessem compreender o propósito e os objetivos a serem almejados pelas

Promotoras Legais Populares naquele espaço, não só como projeto de extensão, mas, principalmente, como trocas de experiências de vidas.

Desde a primeira visita, a receptividade das mulheres com o grupo foi positiva. A maior parte delas, se mostrou bastante interessadas em participar das atividades propostas pelo projeto. Além disso, foi possível identificar suas demandas, que envolviam aprender a ler e escrever, e desenvolvimento de atividades que lhe dessem retorno econômico e outras práticas em que a troca de informações, aprendizados pudessem ser feitas. Nesse sentido, uma semana antes da visitas, eram feitas reuniões tanto de formação teórica, com autoras como Angela Davis, quanto para organizar atividades para serem realizadas nas visitas.

A partir da associação de tais demandas com as propostas de atuação, começamos a apresentar atividades de desmecanização do corpo, que envolvessem arte de forma que pudessem se expressar como preferissem. Além disso, fizemos rodas de conversas sobre assuntos acerca do feminismo e direito das mulheres e ações nas quais pudessem ocorrer a troca de experiências e saberes entre os integrantes do grupo e as mulheres em situação de cárcere. As PLP's buscavam trabalhar e abordar questões que envolvessem família, saúde violência. Desse modo, iniciáramos o processo de construção delas como sujeitos de direito de fato.

Dentre todas as atividades realizadas, a mais marcante foi quando, em uma visita, foi proposta uma atividade em que todas as mulheres, tanto do projeto, quanto encarceradas, tinham que pegar uma cartolina e desenhar ou escrever. Algumas escreveram músicas, outras, poemas, ou desenharam, e apesar de serem diferentes maneiras de expressão, todas elas expressavam os mesmos desejos: a liberdade, da família e de casa, de serem tratadas como seres humanos, a vontade de ser 'melhor' e de ter uma vida digna. Mas dentre tudo isso, aquele que sempre prevalecia, era o desejo de ser livre.

Ao contrário de que muitos pensam, um presídio não é um 'zoológico' em que os futuros operadores de direito podem e depois nunca mais voltar. Quando se pensa em mulheres em situação de prisão, há uma

estigmatização ainda maior deste espaço, porque, as mulheres, dentro do corpo social sempre foram objetificadas de modo a cumprirem somente um papel: servir ao marido e aos filhos. Quando essa ideia é rompida com o a prisão da mulher, num entendimento social, ela não “serve” mais, e desse modo, muitas são abandonadas não só pelo companheiro, mas muitas vezes pelos filhos também.

Nesse sentido, no que se refere a experiência de visitação ao presídio, não está presa em somente uma visita, quando aqui se trata de experiência, esta, está relacionada a trocas que houve. As penitenciárias, são lugares extremamente violentos, estigmatizados, esquecidos e desumanizados e o maior impacto desse processo está relacionado ao fato de que dentro desses espaços estão seres humanos que, na maioria das vezes, não tem o mínimo de respeito aos seus direitos básicos.

Apesar de as visitas do projeto terem se encerrado em outubro de 2018, os poucos meses de visitas nos geraram inúmeros questionamentos, pois o entendimento geral é muito raso a respeito dessas mulheres, de suas vidas, suas experiências. E ainda que a vontade de atuar de maneira muito mais intensa, fosse grande, haviam limites que, o grupo enquanto projeto de extensão deveria respeitar, uma vez que, o intuito do projeto não era de ‘salvá-las’ do sistema, porque existe um sistema penal e penitenciário mantido por um Estado que, as que criminaliza, as prende e as nega direitos. E por maior que fosse o esforço do projeto como um todo, e até mesmo de toda a comunidade acadêmica, contra este sistema opressor, nada pesaria mais, do que a caneta de um juiz.

4. Análise criminológica das situações observadas

Enquanto extensionistas, as PLPS – Libertárias pautaram-se na visão crítica do sistema carcerário feminino. Essa foi uma tentativa, ainda que por vezes falha, de adentrar o espaço e interferir na realidade dessas mulheres da maneira mais responsável possível. As integrantes possuem a consciência de que nenhum tipo de leitura poderá nos colocar a par do

que é realmente ser mulher e vivenciar um espaço de cárcere construído por homens para homens. A composição dessa seleção foi apenas uma forma de não tentarmos abrir ainda mais feridas, do que as já são tão dolorosamente colocadas pelo sistema.

A mulher enquanto agente e sujeito ativo do crime sempre foi desconsiderada. A partir desse ponto, consideramos que inicia a ignorância seletiva do Estado Brasileiro sobre a mulher em situação de cárcere. O grupo considera essa uma questão histórica e sociológica, uma vez que o Estado possui um projeto bem sucedido de pacificação das mulheres no geral. Uma vez que os interesses protegidos pelo direito penal não são os interesses de todos, ainda que assim seja o entendimento popular. Como surgiu e a quem interessa um sistema que pune tão duramente as mulheres?

A pedagogia feminina é um projeto muito bem arquitetado, feito pela conciliação dos discursos teológicos, médicos e jurídicos com o ideal de obediência e subordinação das mulheres. Ele foi justificado pela ordem religiosa e moral: as mulheres precisam ser protegidas delas mesmas pois são pecadoras por essência. Elas são punidas por praticarem atos contra si mesmas, contra a moralidade e contra ao papel socialmente atribuído ao feminino.

Em 2014, a ex-presidenta Dilma Roussef aprovou a primeira edição do INFOPEN Mulheres, enquanto a versão masculina já existia há dez anos. Tal disparidade pode ser encarada como mera falta de atenção governamental diante das questões carcerárias, todavia, para a teoria crítica feminista adotada, a ignorância quanto as mulheres criminosas foi construída histórica e sociologicamente. A mulher enquanto sujeito ativo do crime sempre foi desconsiderada, a regra é a ausência de perspectiva de gênero e informações generalizadas sobre as mulheres presas. (ITTC, 2017)

Beccaria, e seu projeto garantista, marcaram a Escola Clássica criminológica, abrindo portas para o início do período humanitário, através de direitos e garantias que caracterizaram um novo momento político

criminal garantista por meio da legalidade que limitava o exercício do poder punitivo estatal. As mulheres, porém, não participaram dessa revolução enquanto sujeitos de direito, mas sim em uma condição secundária, na forma dos papéis fundamentais de gênero, na qualidade de filhas, esposas e mães. (MENDES, 2017)

Um pouco mais adiante historicamente, o positivismo de Ferri e Lombroso se atenta às mulheres que cometem delitos, teoricamente se utilizando da metodologia “adaptada” de classificação dos homens criminosos. Enquanto homens foram classificados de acordo com suas características físicas, mulheres foram questionadas quanto as suas qualidades de ordem moral. Pacíficas e inteligentes, porém imorais, engenhosas, malévolas, frias e calculistas, são “pecadoras desde o Éden”. Não tendem aos delitos “comuns”, mas sim aos próprios, como a prostituição. Está aqui colocada a diferenciação entre crimes de homens e mulheres, com consequências na determinação da pena. As autoras destacam que se é sabido que sistema de pesquisa positivo é problemático e viciado desde o seu nascimento, pois retira sua amostragem de um sistema já viciado pelo labeling approach (etiquetamento), sendo citado somente para via de comparação do tratamento destinado aos gêneros.

Apenas nos anos 70 a corrente teórica feminista apresenta a Teoria dos Papéis (RAMOS, 2012), se fundamentando na socialização e reação social, influenciada pelas relações sociais, e que estrutura a divisão social do trabalho (SMART, 2005). Apesar dos avanços na epistemologia feminista, a ideologia que permeia o senso comum ainda se baseia nas escolas clássicas e positivas, porém nesse momento histórico, utilizado para justificar a manutenção da hierarquia das categorias sociais.

Além das categorias lombrosianas, há também o fator psicossocial (HELPE, 2013). Aquela que se manifesta de forma contrária a sua socialização é apontada como descumpridora de seu papel social e que, por isso, (ACHO que faltou vírgula aqui) recorreu ao crime. Os títulos de devassas e masculinizadas destinados as mulheres que ousaram trans-

gredir seus bem delineados papéis sociais, são até hoje a demonstração da crueldade e da consolidação de um cruel determinismo biológico.

Michelle Perrot, ao escrever sobre a história dos quartos (2009), evoca o fato de que as mulheres sempre souberam o que era a privação da liberdade. O fato de as mulheres em situação de cárcere jataiense inicialmente sequer possuírem um espaço de confinamento próprio demonstra como os conceitos criminológicos iniciais jamais foram superados. Mesmo quando ocorreu a transferência das mulheres para as celas, essas foram apenas espaços masculinos reformados, sequer adaptados as necessidades femininas.

As histórias dos contos de fadas evidenciam o encarceramento compulsório das mulheres. “Donzelas” confinadas em torres e calabouços, durante a Idade Média, trancafiadas pelos patriarcas “chefes de família”. Mais tarde, os conventos foram os espaços destinados as mulheres que, ainda que não cometessem fatos típicos, transgrediam a função social da família e a ordem tradicional. As religiosas foram as primeiras carcereiras das mulheres, que devem ser recuperadas enquanto indivíduos, pois possuem responsabilidade familiar. Essa premissa tem relação direta com o que se é visto no sistema penal: a maternidade e estereótipos de gênero são régua determinante quanto ao tratamento. É interessante, também, ressaltar o fato de que as primeiras penitenciárias da América Latina são conventos reformados e adaptados.

No sistema punitivo destinado as mulheres, existem duas formas de cumprimento de pena: a aparente e a subterrânea. A aparente é tradicional, exposta pelo poder judiciário ao autorizar a reclusão, já a subterrânea vai além. (MENDES, 2017). Ela é permeada por diversas violações, começando por uma política (Falta acento) penitenciária focada apenas na expansão de espaço, sem a construção de um espaço carcerário adaptado as necessidades femininas, com ginecologistas e creches. A solidão da mulher encarcerada também é uma forma de punição.

A mulher não tem direito ao perdão, são responsabilizadas pela sociedade desde criança, quando se impõe as meninas o estigma de que “amadurecem mais cedo”. O homem em situação de cárcere, sempre é visitado, mas a mulher é punida mais uma vez pela sua transgressão ao seu papel social com o abandono. Em uma penitenciária feminina, apenas cerca de 30% recebem visitação (VARELLA, 2017). A partir dessa conjuntura, o grupo assumiu com seriedade a periodicidade quinzenal e compromisso com as atividades de visitação. Não se pode criar a expectativa de companhia a quem já sofre com a solidão e as desassistir quando não nos fosse mais oportuno.

O ideário lombrosiano de crimes próprios para o sexo feminino é a regra. Em reunião anterior a primeira visita ao presídio feminino de Jataí, discutiu-se sobre as expectativas do grupo. Refletiu-se sobre o estereótipos de mulheres em situação de prisão. Tratadas de forma masculinizada ou sexualizadas pela mídia, que age como um quarto poder e usa o encarceramento em massa como forma de gerar mais consumo, tentou-se desconstruir a ideia de presídio-zoológico, em que veríamos papéis “típicos” de detentas com olhares curiosos. A discussão sobre como deu-se tal imaginário foi essencial.

Nos últimos três anos, a população carcerária feminina cresceu 503%, o dobro do crescimento masculino. Do total encarcerado, 40% se encontra em prisão provisória. (ITTC, 2017). Há uma resistência do poder judiciário de aplicar dispositivos desencarceradores, como as medidas cautelares a prisão albergue domiciliar. A prisão é uma instituição histórica, com uma economia política extremamente bem desenhada, utilizando-se de um discurso de que a própria violência das pessoas encarceradas, causada justamente por esse processo desumano, justificara expansão da prisão, que precisa de mais mulheres presas para funcionar, gerando uma Indústria da Pena, em um ciclo quase impossível de ser quebrado. Não por acaso, os papéis sociais destinados as mulheres e as prisões são parecidos no mundo todo. (DAVIS, 2003).

5. Considerações finais

Angela Davis, em uma entrevista há mais de dez anos atrás, afirmou que a prisão por si só é uma fronteira. As Promotoras Legais Populares – Libertárias tentaram atravessá-la. O que encontramos do outro lado foi muito além do que qualquer teoria crítica do Direito pudesse ter nos apresentado. Por mais que tivéssemos feitos formações internas, nada se compara a estar lá e a lidar com o sistema restritivo, e acima de tudo, nada se compara a estar presa lá todos os dias. -

A forma como o discurso se coloca é tudo. A hermenêutica só pode ser desenvolvida diante da aceitação da impossibilidade da verdade real. A realidade, na verdade, é apenas uma interpretação da relação linguística, que é condicionada A ordem de poder vigente. Por isso, sempre que possível, optamos por utilizar sinônimos da expressão “mulheres em situação de cárcere”. Escrever “mulheres presas” é condicioná-las e etiquetá-las eternamente, nesse artigo, a esse adjetivo.

Iniciamos as atividades) visando romper a concepção assistencialista predominante nas extensões universitárias, através de uma formação teórico-metodológica baseada em educação popular e jurídica através de uma remoldura do direito, que nesse espaço seria uma tática de transformação social. O que realmente ocorreu é que aprendemos, muito mais do que ensinamos. Vimos de perto as limitações do Direito e seus operadores. Enquanto extensionistas, nunca conseguiríamos transformar o sistema, ou até mesmo aquela unidade carcerária, mas é fato que saímos transformadas.

Referências

COSTA, Alexandre Bernardino; FONSECA, Livia Gimenes da; SOUSA, Nair Heloisa Bicalho de; BICALHO, Mariana de Faria. **O Direito Achado na Rua: 25 anos de experiência de extensão universitária.** Participação: Revista do Decanato de Extensão da Universidade de Brasília, Brasília, ano 10, n. 18, dez. 2010.

DAVIS, Ângela. **Mulheres, raça e classe**. São Paulo: Editora Boitempo, 2014. FONSECA, Livia Gimenes Dias da. A luta pela liberdade em casa e na rua: a construção do Direito das mulheres a partir do projeto Promotoras Legais Populares do DF. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

DAVIS, Angela; DENT, Gina. **A prisão como fronteira**: uma conversa sobre gênero, globalização e punição. Estudos Feministas, Florianópolis, v. 2, n. 11, p.523-531, jun./dez. 2003. Semestral.

FREIRE, Paulo. **Extensão ou comunicação?** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

MENDES, Soraia da Rosa. **(Re)pensando a criminologia**: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista. 2012. 284 f. Tese (Doutorado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

PERROT, Michelle. **História dos Quartos**, São Paulo, Paz e Terra, 2011.

RAMOS, Luciana de Souza. **Por amor ou pela dor?** Um olhar feminista sobre o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas. 2012. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Brasília, Brasília, 2012.

SAFIOTTI, Heleieth. **A mulher na sociedade de classes**. São Paulo: Editora Vozes, 19

**Tá com pena? Leva pra casa:
o Caso Rafael Braga e a prisão domiciliar
para presos com doenças graves**

*Cassiane Fortes Bueno*¹

*YulaAvozani*²

1. Introdução

Em maio de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL, 2015) ajuizou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com o pedido que o Supremo Tribunal Federal declarasse que o sistema penitenciário brasileiro é um *estado de coisas inconstitucional*, entre outros pedidos. O PSOL traz esse termo do direito colombiano no qual a “Corte Colombiana se vale desta categoria quando reconhece a presença de uma violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. Nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer.”

Não foi deferido ainda o pedido de declarar o sistema penitenciário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional, entretanto fica

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Santa Maria – RS, cassianeforteso8@gmail.com.

² Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Santa Maria – RS, yulaavozani@gmail.com

evidente a situação degradante dos presídios, no que se refere à infraestrutura, alimentação e saúde. É necessário uma mudança estrutural das unidades prisionais brasileiras, prezando pelo respeito à dignidade humana e a um existir saudável. Enquanto isso não ocorre, os apenados, como Rafael Braga, preso no presídio Bangu Dois, continuarão tendo sua saúde prejudicada devido ao descaso estatal.

A ADPF 347 trata das violações aos direitos humanos como um todo, do déficit de vagas, da insalubridade das penitenciárias, da falta de acesso a direitos básicos, como saúde, alimentação saudável, água potável, educação, trabalho e assistência judiciária. O relator, Ministro Marco Aurélio, (STF, 2015) reconhece em seu voto que “com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males.”

Essa situação viola os preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, como foi apontado pelo ministro relator em seu voto

(...) o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV) (STF, 2015).

Outrossim, infringe frontalmente a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), tanto no seu artigo 10 e artigo 11, que declara ser dever do Estado prestar assistência material, jurídica, à saúde, educacional, religiosa e social, quanto no artigo 41 (BRASIL, 1984) que trata dos direitos do preso, sendo eles alimentação suficiente e vestuário, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena, entre outros.

Quando se trata da situação da saúde no Brasil a situação já é desesperadora, mas quando se refere a saúde dentro das penitenciárias o cenário é caótico. Existem 3.677 profissionais de saúde atuando em unidades prisionais, desses 706 são médicos, isso para um contingente de 607.731 pessoas presas, de acordo com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014, p.11) de junho de 2014, o quadro se agrava ainda mais quando se refere a estados como Roraima, que tem apenas dois profissionais e uma unidade de saúde.

O método utilizado foi o estudo de caso, visando compreender os fenômenos e histórias sobre que envolvem Rafael Braga, a tuberculose que contraiu enquanto estava preso e a necessidade da prisão domiciliar para presos com doenças graves, tanto para preventivos quanto para já condenados. Assim, compreendendo o caso e em estudo e ao mesmo tempo desenvolvendo análises mais amplas. Analisou-se a decisão do STF da ADPF 347, os dados fornecidos pelo Infopen e a Comissão de Inquérito Parlamentar.

2. A crise do sistema de saúde das unidades prisionais

Apesar de toda a problemática exposta, a situação brasileira não apresenta sinal de melhoras. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014, 11) a população carcerária brasileira é de 607.731 pessoas, porém o número de vagas oferecidas é de 376.669, isso resulta numa taxa de ocupação de 160%, isto é, para cada 100 vagas, existem 160 apenados. A tendência é de que a situação se agrave ainda mais, pois o Brasil vem acelerando o ritmo de encarceramento, desde o ano de 1990 houve um aumento de 575%, passando de 90 mil pessoas para 607.731 pessoas em 2018, também de acordo com o mesmo estudo.

Outros dados interessantes trazidos pelo Infopen (INFOPEN, 2014, p. 50) ajudam a traçar um perfil dos presos brasileiros. Sobre raça, 67% da população carcerária é negra, enquanto na população total 51% se

declara negra. Em relação a educação, das unidades que informaram, 53% tem o ensino fundamental incompleto e 0% tem o ensino superior completo. Além disso, 56% da população em privação de liberdade é jovem, isto é, está entre 18 e 29 anos. A partir disso, pode se observar que a população carcerária é composta, em sua maioria, por pessoas jovens, negras e com baixa escolaridade (INFOPEN, 2014, p. 48).

De acordo com o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2017) “Retrato da desigualdade de Gênero e Raça”, em 2015, 6,5% da população é extremamente pobre ou pobre, quando dividi-se por raça há uma imensa discrepância, entre os brancos 3,6% é pobre ou extremamente pobre, enquanto entre os negros o valor vai para 8,9%. Assim, a população carcerária, que é majoritariamente negra e jovem, também faz parte das camadas mais vulneráveis da sociedade. O Estado brasileiro é ausente antes do cárcere e é torturador dentro dele.

Dessa forma, o Estado brasileiro abarrotava as penitenciárias com pessoas jovens, pobres e negras, e as deixam viver em condições de higiene muito precárias e com imensa proliferação de doenças, além das outras situações relatadas.

Conforme Soares Filho e Bueno (2016, np):

Sabe-se que historicamente as ações de saúde no sistema prisional começaram com as entidades religiosas, assim como ocorreu com outras instituições totais como, por exemplo, os manicômios. Com o aparecimento da Aids no Brasil, na década de 80, alguns profissionais de saúde, principalmente os médicos sensíveis ao desespero que se instalou no cárcere, iniciaram ações de prevenção da saúde e tratamento desse agravo.

Alguns anos se passaram até que em 9 de setembro de 2003 foi instituído o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), por meio da Portaria Interministerial nº 1.777, dos Ministérios da Saúde e da Justiça. Plano responsável por tornar mais congruentes a legislação penal e o SUS, dando alguma visibilidade à população custodiada no âmbito da política nacional de saúde.

Apesar do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, (BRASIL, 2005), prever a inclusão da população penitenciária no SUS, garantindo que o direito à cidadania se efetive na perspectiva dos direitos humanos, da Lei de Execução Penal, que garante a assistência à saúde e da própria Constituição Federal, apenas 37% das unidades prisionais contam com módulo de saúde, segundo o Infopen, e 63% dos apenados estão em unidades com módulo de saúde (INFOPEN, 2014, p. 103).

De acordo com a Resolução n.º 7, de 2003, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2003), que dispõe sobre as mínimas ações que devem ser tomadas dentro do cárcere, dentre elas que cada prisão deverá ter uma unidade ambulatorial, na qual são necessários, no mínimo, um médico clínico, um psiquiatra, um odontólogo, um assistente social, um psicólogo, dois auxiliares de enfermagem e um auxiliar de consultório dentário, além de um médico ginecologista, se tratar-se de presídio feminino.

Além disso, a Resolução determina que haja um médico a cada 500 presos, entretanto o Infopen (2014, p. 109) traz que existem 607.731 presos e 706 médicos (incluindo clínicos gerais, ginecologistas, psiquiatras e outras especialidades), assim existe um médico para cada 860 presos, valor bem diferente do indicado.

A Comissão de Inquérito Parlamentar (BRASIL, 2009) acerca do sistema carcerário realizada pela Câmara de Deputados em 2009 traz diversos relatos de situações desumanas dentro das penitenciárias brasileiras

Em suas diligências, a CPI se deparou com situações de miséria humana. No distrito de Contagem, na cela nº 1, um senhor de cerca de 60 anos tinha o corpo coberto de feridas e estava misturado com outros 46 detentos. Imagem inesquecível! No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos com tuberculose misturavam-se, em cela superlotada, com outros presos aparentemente “saudáveis”. Em Ponte Nova, os presos usavam creolina para curar doenças de pele. Em Brasília, os doentes mentais não dispunham de médico psiquiátrico. Na penitenciária de Pedrinhas, no Mara-

nhão, presos com gangrena na perna... Em Santa Catarina, o dentista arranca o dente bom e deixa o ruim no lugar.

Ressalta-se ainda que os indivíduos privados de liberdade estão sob responsabilidade e tutela do Estado, de acordo com o art. 3º da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), e diferente da população, dependem exclusivamente do poder estatal para qualquer espécie de atendimento e também fornecimento de medicamentos. A CPI (BRASIL, 2009) relata que em um presídio da Bahia quando os presos pedem medicamentos pois estão com dores, o Diretor manda um agente com um porrete escrito “Dipirona” para agredi-los.

O documento resultado da CPI traz relatos de uma guerra em que todos estamos perdendo. É indignante e alarmante a situação que os presos e presas vivem no Brasil, com a qual grande parcela da população é cúmplice. Em suas declarações na ADPF 347, o Ministro Luís Roberto Barroso lembra que apesar de a população não dar importância para a crise do nosso sistema penitenciário, esse além de um problema de “minorias” é um problema da maioria, visto que essas pessoas são parte da nação e após cumprirem sua pena voltam para o convívio social.

Quando se trata da saúde e bem estar das mulheres a situação é ainda mais caótica, pois além dos problemas já enfrentados pelos homens há os problemas particulares das mulheres, como a falta de absorventes higiênicos, segundo o relatório da CPI (BRASIL, 2009), os absorventes quase nunca são distribuídos e quando são, é em pequena quantidade, cerca de dois ou três por mulher. A solução encontrada pelas presas é utilizar miolos de pão como absorvente.

A taxa das doenças sexualmente transmissíveis é alarmante (INFOPEN, 2014, P. 113), foi identificado que 2.864 pessoas sejam portadoras do vírus HIV, isto é, 1,21% dos presos nas unidades que informaram seus dados, assim, o índice de HIV é sessenta vezes maior que na população brasileira. Esses valores têm grande relação com um assunto também tratado na ADPF 347 que é a violência sexual, praticada tanto pelos detentos quanto por agentes do Estado.

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2014, p. 114) de junho de 2014, a taxa de pessoas com tuberculose, a cada cem mil, é de 9040,9 nas penitenciárias, enquanto na população total a taxa é 38 vezes menor, 24,4.

3. O caso Rafael Braga

Nesse contexto, analisa-se a questão do estado de saúde de Rafael Braga Vieira, diagnosticado com tuberculose enquanto cumpria pena na penitenciária Alfredo Tranjan.

Rafael Braga Vieira foi preso em 20 de junho de 2013 enquanto passava próximo às manifestações que aconteciam na capital do Rio de Janeiro, as quais ocorreram nas principais cidades do Brasil e ficaram conhecidas como “Jornadas de Junho”. Negro, jovem e catador de material reciclável, Rafael Braga foi o único preso dos protestos de 2013 (LIBERDADE, 2019).

Tinha como atividade de subsistência a coleta de materiais recicláveis e foi preso ao ser abordado por policiais que o encontraram com uma garrafa de água sanitária e outra de desinfetante. Os policiais entenderam que o material apreendido com Rafael tinha potencial para fabricação de aparato explosivo, mesmo tendo sido comprovado posteriormente a impossibilidade para tanto no laudo técnico número 267/2013 realizado pelo esquadrão antibomba do Rio de Janeiro (LIBERDADE, 2019).

Em 2015 o ex-catador foi para prisão domiciliar, uma vez que tinha emprego fixo e comprovado. Contudo, em janeiro de 2016, enquanto ia comprar pão, foi novamente abordado pela polícia e conduzido à delegacia diante de um flagrante forjado, de acordo com testemunha, que o acusou de tráfico de drogas e associação ao tráfico (LIBERDADE, 2019).

Primeiramente, teve o pedido de *habeas corpus* negado pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro. Em 2017, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a liminar que concedeu o

habeas corpus nº415.508 - RJde Rafael Braga por fato novo (STJ, 2017), a qual levou em consideração o estado de saúde do paciente devido à debilitação causada pela tuberculose, concedendo o direito de cumprir pena em regime domiciliar, conforme

(...) a carência de condições adequadas e suficientes ao tratamento dos detentos torna-se ainda mais evidente quando contraposta à conjuntura necessária ao tratamento de Rafael Braga Vieira. A superlotação da Penitenciária de Alfredo Tranjan, bem como as péssimas condições de higiene verificadas na unidade e o irrisório contingente de profissionais técnicos e medicamentos constituem terreno fértil à proliferação e ao alastramento da tuberculose pulmonar, doença que se transmite por via aérea, mormente para alguém com a doença em estado ativo.

Em conformidade com os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, documento aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 13/3/2008, *“A ocupação do estabelecimento acima do número estabelecido de vagas será proibida por lei. Quando desse fato decorra a violação de direitos humanos, deverá ela ser considerada pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante. A lei deverá estabelecer os mecanismos para remediar de maneira imediata qualquer situação de alojamento acima do número de vagas estabelecido. Os juízes competentes deverão adotar medidas corretivas adequadas na ausência de regulamentação legal efetiva”*.

Dessa forma, *prima oculi*, enquanto perdurar o agravado estado de saúde do paciente, é imperioso o seu afastamento da unidade prisional em que cumpre pena, pretensão que encontra guarida nos termos do art. 318, II, do Código de Processo Penal, bem como esteio na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (...).

A penitenciária para a qual Rafael foi dirigido, conhecida como Bangu Dois, é uma dentre as centenas de penitenciárias que se encontram no estado de coisas inconstitucional no Brasil, infringindo diversos preceitos fundamentais, principalmente em relação à dignidade da pessoa humana enquanto negligencia a saúde de seus presos.

É imperioso destacar que no artigo que inaugura a Constituição Federal de 1988, em seu inciso III, é assegurado a todos os indivíduos, e

obviamente inclusive aos que se encontram detentos, o respeito a sua dignidade.

A respeito disso, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) define a dignidade como

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 asseguram 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 nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Contudo, conforme se verifica, em nenhum sentido foi assegurada a dignidade à Rafael Braga. Um relatório realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro no ano de 2017 demonstra a precariedade e o estado de insalubridade da penitenciária em questão. Nela, constata-se a superlotação de aproximadamente 350% acima da capacidade permitida, tendo somente um médico para atender toda a demanda (apud FERNANDES, 2017).

De acordo com o relatório da Defensoria Pública (apud FERNANDES, 2017), os internos dependem quase exclusivamente de seus familiares ou amigos próximos para terem acesso aos remédios necessários, uma vez que os medicamentos disponibilizados pelo Estado à penitenciária não suprem sequer a demanda básica necessária. A água potável, direito fundamental ao cidadão, também é negada aos internos, dado que a água fornecida é inapropriada ao consumo, sendo distribuída apenas 3 vezes ao dia durante 15 minutos.

Rafael Braga teve sua vida posta em risco ao ingressar no sistema carcerário brasileiro diante do quadro alarmante que se instaurou durante os anos de omissão do Estado, onde contraiu tuberculose, doença infecciosa facilmente dissipada entre um enorme grupo que vive em condição insalubre, tal qual o caso em tela. Oliveira e Cardoso (2004, p. 194) afir-

mam que a incidência dessa doença é menor na população geral do que em presos, pois os detentos estão expostos a muitos fatores de risco, como a desnutrição, falta de higiene e péssimas condições de vida. Também pontuam a importância da superlotação na proliferação da doença:

Além disso, as penitenciárias impõem um risco adicional para a transmissão: a superlotação e a pouca ventilação são dois fatores que frequentemente coexistem nas prisões, juntamente com condições sanitárias adversas, baixo nível socioeconômico e uso de drogas. O tempo de permanência na detenção também está associado ao aumento da infecção pela micobactéria. As populações das prisões têm, ainda, um risco aumentado para a co-infecção tuberculose/HIV que implica um risco anual de desenvolver a doença, semelhante ao risco vitalício estimado para indivíduos infectados apenas pelo bacilo de Koch (Oliveira e Cardoso, 2004, p. 194).

Ocorre que é obrigação legal do estado do Rio de Janeiro garantir a dignidade da pessoa humana, sobretudo a saúde dos detentos enquanto estes estão sob sua tutela. Contudo, conforme bem menciona Salo de Carvalho (2003, p. 266), “a realidade carcerária brasileira demonstra uma incapacidade histórica do poder público em efetivar os direitos do cidadão”.

O estado do Rio de Janeiro permite que doenças com fácil método de prevenção se alastrem pela penitenciária Alfredo Tranjan, omitindo-se do dever de zelar pela integridade física dos cidadãos brasileiros que estão sob sua tutela. Para os presos, a privação da liberdade não é a única preocupação, perpassa pela garantia dos direitos fundamentais, e do próprio direito à vida, tendo em vista a realidade do sistema prisional. A tuberculose é um exemplo e grande indicativo da insalubridade do sistema carcerário, falta de ventilação e há superlotação das celas em que os presos vivem, ambiente que torna muito favorável a proliferação de doenças infecciosas (Oliveira e Cardoso, 2004, p. 194).

A Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984), no art. 14, traz expressamente o direito do preso à assistência à saúde, com atendimento médico, farmacêutico e odontológico, como já citado. Determina, ainda, a prestação da assistência em local diverso se o estabelecimento penal não tiver

condições para tanto. Contudo, do relatório realizado pela Defensoria Pública do Estado, constata-se que a norma em questão está longe de ser cumprida (apud FERNANDES, 2017).

O relatório realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro sobre o Bangu Dois destaca a ausência de higiene do estabelecimento, relata a existência de ratos, baratas, lacraias e mosquitos, o que contribui para piorar o estado de insalubridade das celas (apud FERNANDES, 2017).

Como alternativa ao estado de coisas inconstitucional apresentado no quadro relatado, temos a disposição do artigo 318 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a qual se refere à possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o detento estiver extremamente debilitado por doença grave, bem como a previsão do recolhimento do preso em regime domiciliar quando este estiver em regime aberto e acometido de doença grave no artigo 117 da Lei de Execução Penal.

Contudo, ao preso condenado, como é o caso de Rafael Braga, a lei nada prevê. Portanto, a ampliação da concessão do regime domiciliar para presos condenados deve ser uma medida levada em consideração como alternativa à violação de direitos, indo além do preso provisório e do preso em regime aberto.

4. Conclusão

É inequívoco que existem outras medidas capazes de solucionar ou minorar o estado de coisas inconstitucional que se instaurou no sistema carcerário brasileiro, no entanto o objetivo desse artigo foi focar na concessão da prisão domiciliar como uma das medidas do conjunto necessário capaz de reparar a violação aos direitos humanos e fundamentais de forma imediata, dado que a integridade física do preso não pode esperar.

Fica evidente que há um problema na aplicação das leis pelos três poderes. Presos não votam e nem são votados, têm seus direitos políticos ignorados, são considerados “sub-cidadãos”, dessa forma não interessa

aos poderes democraticamente eleitos se movimentarem para mudar a situação carcerária.

Verificada a superlotação do presídio Alfredo Tranjan em 350% acima da capacidade permitida de limite de presos, segundo o Relatório da Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Assim, a concessão de regime domiciliar para os detentos que se encontrem acometidos por doença grave ou transmissível de difícil tratamento atenuaria o quadro narrado à medida que reduz o número de presos.

De igual sorte, conforme o relatório realizado pela Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, as condições da penitenciária Alfredo Tranjan dificilmente permitem a recuperação do detento que esteja enfermo por doença grave, sendo que muitas vezes poderá piorar o estado de saúde do mesmo, considerando o grau de insalubridade apurado.

Nesse sentido, uma forma de amenizar a afronta aos direitos humanos e fundamentais é a ampliação da concessão da prisão em regime domiciliar para condenados que tenham doenças transmissíveis de difícil tratamento. O artigo 318 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade de prisão domiciliar para os presos preventivamente que estejam debilitados por doença grave, bem como no artigo 117 da Lei de Execução Penal para presos do regime aberto na mesma situação.

O caso de condenado enfermo por doença transmissível de difícil tratamento, como é o caso de Rafael Braga, é ainda pior, dado que a recuperação da doença no mesmo local em que houve o contágio é muito difícil. Ainda, com a permanência do preso na penitenciária, há o risco da transmissão aos outros detentos, conforme o exemplo narrado do caso Rafael Braga que foi infectado por tuberculose ao cumprir pena na penitenciária Alfredo Tranjan.

A jurisprudência brasileira vem entendendo, em algumas decisões, no sentido da ampliação da concessão do regime domiciliar para presos condenados, contudo é necessário que tal medida seja deferida para todo e qualquer preso que se encontre no contexto narrado, ao passo que

decisões injustas assentadas na seletividade do sistema carcerário deixem de ocorrer.

Portanto, conclui-se que a ampliação da concessão da prisão domiciliar para presos condenados é uma das medidas capazes de atenuar o estado de coisas inconstitucional formado nas penitenciárias brasileiras, reconhecido na ADPF 347, como Alfredo Tranjan, de forma que busque garantir os direitos humanos e fundamentais imediatamente.

Referências:

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 2. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário. – Brasília** : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar ; n. 384)

BRASIL. **Resolução CNPCP nº 7 de 14/04/2003**. Dispõe sobre a adoção de um elenco mínimo de ações de saúde que deve ser implantado nos sistemas penitenciários dos Estados. Diário Oficial da União. 24 abril 2003. Disponível em: http://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-7-2003_99519.html. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal nº lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 17 ago. 2019

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 16 ago. 2019

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. Lúmen Júris, Rio de Janeiro: 2003, p. 266.

FERNANDES, Marcella. **Presídio de Rafael Braga tem superlotação, ratos e baratas, alerta Defensoria**. 2017. Disponível em: <https://www.ceert.org.br/noticias/direitos-humanos/18953/presidio-de-rafael-braga-tem-superlotacao-ratos-e-baratas-alerta-defensoria>. Acesso em 19 ago. 2019.

IPEA. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – Ministério da Justiça e Cidadania. ONU Mulheres – Entidade das Nações Unidas para a Igualdade de Gênero e Empoderamento das Mulheres. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_pobreza_distribuicao_desigualdade_renda.html Acesso em: 20 ago. 2019

LIBERDADE para Rafael Braga. **Campanha pela liberdade de Rafael Braga**. 2019. Disponível em: <https://www.liberdadepararafael.meurio.org.br/> Acesso em: 21 ago. 2019

OLIVEIRA, HB de. CARDOSO, JC. **Tuberculose no sistema prisional de Campinas**. São Paulo, Brasil. Rev Panam Salud Publica. 2004;15(3), p. 194.

PSOL. Partido Socialismo e Liberdade. **Petição Inicial endereçada ao Supremo Tribunal Federal em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito nº 347**. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-intervenha-sistema-carcerario.pdf> Acesso em: 16 ago. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

SOARES FILHO, Marden Marques; Bueno, Paula Michele Martins Gomes. **Demografia, vulnerabilidades e direito à saúde da população prisional brasileira**. Ciência & Saúde Coletiva, [s.l.], v. 21, n. 7, p.1999-2010, jul. 2016. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232015217.24102015>. Acesso em: 22 ago. 2019

STF. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 0003027-77.2015.1.00.0000 de 17 de novembro de 2015**. Ementa: Sistema Penitenciário Nacional - Superlotação Carcerária - Condições desumanas de custódia - Violação Massiva de Direitos Fundamentais. Lex: Acórdão Supremo Tribunal Federal, Distrito Federal.

STJ. Habeas Corpus: 415508 RJ 2017/0229778-8, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 15/09/2017. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/499281126/habeas-corpus-hc-415508-rj-2017-0229778-8/decisao-monocratica-499281139?ref=amp>. Acesso em: 01 ago. 2019.

O princípio da insignificância e sua aplicação divergente no crime de furto e no crime de descaminho

*Manuela Alice Arend*¹

1. Introdução

Os princípios do direito penal constituem a base normativa na qual se estabelecem os limites de poder e convívio em sociedade. Segundo Zaffaroni, a construção e o resultado da análise jurídica devem responder a certos princípios que não podem ser ofendidos, visto que se tratam de princípios que condicionam o objeto de conhecimento, anteriores à aplicação do método (ZAFFARONI, 2011, p.). Desta forma, os princípios estão postos para reger o ordenamento jurídico e as decisões dos juízes.

Nesse contexto, esbarra-se na diferença de tratamento dado ao princípio da insignificância nos crimes de furto (art. 155 do Código Penal Brasileiro) e de descaminho (art. 334 do Código Penal Brasileiro) e como eles têm sido aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. Em relação ao crime de furto o Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus 138.697 de 16 de maio de 2017, firmou o entendimento ao aceitar o valor de R\$ 90,00 como valor irrisório. Já sobre o crime de descaminho, o Supremo Tribunal Federal, na data de 18 de abril de 2017, no HC 139.393, confirmou o valor de R\$ 20.000,00 como insignificante, acolhendo o art. 20 da Lei 10.522/2002, cujo valor foi atualizado pelas Portarias 75 e 130 do

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Santa Maria - RS, manu.arend@gmail.com

Ministério da Fazenda. Nota-se a relevância de ambos os HC por se tratarem de decisões que fundamentam o entendimento jurisdicional de magistrados em todo Brasil

Dito isso, levanta-se o debate acerca da grande discrepância entre ambos os valores apresentados, levando-se em consideração que ambos os crimes (furto do art. 155 e descaminho do art. 334, do Código Penal), possuem a mesma pena (de 1 a 4 anos de prisão). Afinal, qual a diferença entre o fundamento jurídico utilizado pelo STF na aplicação nos dois tipos penais pelo princípio da insignificância, tendo como parâmetro base os quatro requisitos de incidência?

Deste modo, através de uma abordagem dedutiva, o presente artigo visa analisar os votos dos ministros nos Habeas Corpus 138.697 e 139.393, chegando a uma conclusão em relação ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Ressalta-se que as análises têm suas origens na pesquisa bibliográfica, que abarcou a consulta a doutrina, a legislação e a artigos científicos.

Na primeira parte do trabalho serão abordados conceitos imprescindíveis para a análise dos votos, como o conceito de princípio, princípio da insignificância e princípio da lesividade. Neste contexto, será dado um enfoque maior para os requisitos já firmados em entendimento pelo STF. Já na segunda e última parte será analisado os votos dos Habeas Corpus 138. 697 e 139.393, com a finalidade de entender como o princípio da insignificância vem sendo aplicado no crime de furto e no crime de descaminho.

2. Fundamentação teórica

A plataforma Justiça em Números, em seus dados atualizados até o ano de 2018, demonstra que, no ano de 2017, houveram 1.684.372 novos processos de conhecimento criminais. [3] Boa parte destes processos no sistema jurídico brasileiro versam sobre os crimes de furto e descaminho.

Ambos os tipos penais referidos apresentam relevante relação com o princípio da insignificância, nesses termos convém conceituar princípios.

Por isso, lembrando Karl Larenz, diríamos que, em si mesmos, os princípios, não são - ou ainda não são - regras suscetíveis de aplicação direta e imediata, mas apenas pontos de partida ou pensamentos diretores, que sinalizam - aí se detém o legislador - para a norma a ser descoberta ou formulada por quem irá aplicá-la conforme as exigências do caso. (MENDES, 2009, p. 56).

Dito isto, princípios então seriam os pontos dos quais se iniciaria a aplicação das normas penais.

Neste trabalho será utilizado o princípio da insignificância e sua aplicabilidade nos institutos penais de furto e descaminho, para isso adota-se o entendimento de Zaffaroni:

observou-se que as afetações de bens jurídicos exigidas pela tipicidade penal requeriam sempre alguma entidade, isto é, alguma gravidade, posto que nem toda afetação mínima do bem jurídico era capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal. (ZAFFARONI, 2011, p. 488)

É importante, ainda conforme a reflexão deste autor, que seja explanado o conceito de tipicidade penal e os dois passos que são necessários para que seja alcançado tal instituto, isto é, a tipicidade legal e a conglobante.

A tipicidade legal ocorreria quando o fato se encaixasse no texto normativo, ou seja, *é a individualização que a lei faz da conduta, mediante o conjunto dos elementos descritivos e valorativos de que se vale o tipo legal* (Zaffaroni, 2011, p.400) Já a tipicidade congruente, que seria o segundo passo necessário para se chegar na definição de tipicidade penal, teria a função de reduzir a tipicidade penal para a *verdadeira dimensão daquilo que a norma proíbe, deixando fora da tipicidade penal aquelas condutas que somente são alcançadas pela tipicidade legal, mas que a ordem normativa não quer proibir* (Zaffaroni, 2011, p. 400) Essas condutas deixadas de fora da tipicidade penal são o que Zaffaroni chama de

atipicidade conglobante, a qual *não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente concede, e sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal* (Zaffaroni, 2011, p. 402).

Após essa definição, convém dizer que o estudo feito neste trabalho se dá pela análise dos quatro requisitos de incidência, os quais foram firmados pelos entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre os tipos penais estudados .

O primeiro requisito é o conduta minimamente ofensiva do agente, o qual se define como uma conduta irrisória, a qual teria baixíssima probabilidade de causar lesão relevante ao bem jurídico tutelado pela norma (PEDROSO, 2017). A ausência de periculosidade social da ação é o segundo requisito, no qual é feita uma comparação entre a conduta praticada pelo agente e aquilo que é aceito pelo homem médio da sociedade como razoavelmente aceitável. É preciso que o julgador entenda que a repercussão social seja ínfima. (PEDROSO, 2017). O terceiro critério utilizado pelo STF é o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e nele deve ser examinado se a conduta do agente é inferior ao que regularmente é considerado crime (PEDROSO, 2017). O último critério em análise é de que o ato cometido deve gerar uma lesão jurídica inexpressiva, ou seja, se a conduta nem mesmo coloca em risco o bem jurídico tutelado, não deve ser visto como crime. (PEDROSO, 2017).

Ainda cabe certo destaque ao princípio da lesividade em seu viés quantitativo. Dos Santos (2010) diz que *o princípio da lesividade exclui a criminalização primária ou secundária de lesões irrelevantes de bens jurídicos*. Para o autor, este princípio seria a expressão positiva do princípio da insignificância, pois as lesões inexpressivas não iriam constituir crime. (DOS SANTOS, 2010). De forma a complementar o conceito do princípio da lesividade, é necessário conceituar o que é bem jurídico e isso Zaffaroni faz bem ao dizer que *bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos* (ZAFFARONI, 2011, p. 403).

3. Análise dos habeas corpus 138.697 e 139.393 julgados pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2017

No ano de 2017 o Supremo Tribunal Federal consolidou duas jurisprudências, a primeira, no HC 138.697, sobre o crime de furto do art. 155 do Código Penal, e a segunda, no HC 139.393, que versava sobre o crime de descaminho no art. 334, do mesmo código. Apesar de versarem sobre crimes diversos, ambas as jurisprudências examinavam a aplicação do princípio da insignificância.

O crime de furto tem pena prevista de 1 (um) a 4 (quatro) anos de prisão, a mesma pena de quem praticar o descaminho. Pode-se dizer que os dois crimes causam prejuízo monetário as partes e tem suas penas iguais, ainda que o primeiro crime possa causar uma lesão financeira a propriedade privada e o segundo venha a afetar diretamente o Estado e a sociedade em um geral.

É importante frisar que o bem jurídico afetado no crime do furto é o bem de um particular, é algo no qual o titular do bem é um indivíduo da sociedade (seja este uma pessoa jurídica ou física). Já no crime de descaminho o titular do bem é o Estado, visto que a natureza do crime de descaminho é tributária, conforme o próprio STF, no HC 48.805 de 2007.

Apesar de os crimes dos arts. 155 e 334 serem correspondentes entre si, o Supremo Tribunal Federal confirmou formas distintas de emprego do princípio da insignificância entre eles (de acordo com os votos dos HC 138.697 e 139.393). Para o furto, só é possível a aplicação do princípio da insignificância se o valor máximo do bem furtado não ultrapassar 10% (dez por cento) do salário vigente à época. No entanto, para o crime de descaminho, o princípio da insignificância é aplicado para débitos tributários que atingirem até R\$ 20 mil reais (vinte mil reais), cerca de 21 (vinte e uma) vezes o valor do salário mínimo atual. No ano de 2018, ano em que essa pesquisa foi feita, o valor do salário mínimo equivale à R\$ 954,00.

Antes de se passar para a análise dos habeas corpus que proveram estes entendimentos, cabe relatar a origem de cada uma das decisões referênciadas.

O réu sobre o qual trata o Habeas Corpus 138.697, foi condenado em primeira instância pelo crime do art. 155 do Código Penal. A defesa do acusado interpôs apelação no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que aplicou o princípio da insignificância, tendo em vista que o valor do objeto furtado equivalia a R\$ 90,00 (noventa reais). Em recurso especial por parte da acusação, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a materialidade do fato, afastando o princípio da insignificância. Inconformada, a defesa apresentou recurso interno, que foi negado e contra tal decisão é que se impetrou o habeas corpus referido.

Já no caso do Habeas Corpus 139.393, os três réus foram absolvidos em primeira instância, pois o juiz federal reconheceu que o valor referente aos impostos devidos era inferior a R\$ 20 mil (vinte mil reais), aplicando o princípio da insignificância combinado com as portarias nº 75 e 120 do Ministério da Fazenda. O Ministério Público Federal interpôs apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual deu provimento ao recurso, alegando que o valor dos débitos tributários (R\$ 15.075,20) era superior ao parâmetro da época, não reconhecendo a aplicação das portarias anteriormente referidas. O Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento ao negar provimento ao recurso da defesa.

Explanados os fatos que ocasionaram os dois habeas corpus, passa-se a análise desses institutos jurídicos.

O Ministro Ricardo Lewandowski é o relator de ambos os votos, e logo de início ele já apresenta, com as mesmas palavras nos dois habeas corpus, em um claro sinal de que houve a utilização de modelo, os quatro requisitos para a aplicação do princípio da insignificância:

Como se sabe, a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de pericu-

losidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. (HC 138.697, p. 6)

Como se sabe, a configuração do delito de bagatela, conforme têm entendido as duas Turmas deste Tribunal, exige a satisfação de certos requisitos, de forma concomitante: a conduta minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a lesão jurídica inexpressiva. (HC 139.393, p. 5)

Após, o Ministro passa para os pontos principais de cada um dos acórdãos. No crime de furto a grande discussão versa sobre a reincidência do réu. Enquanto que no voto sobre o crime de descaminho o ponto divergente é o de qual é o valor máximo aceito para o princípio da insignificância. Nos dois habeas corpus o Ministro relator passa por cima de três dos quatro critérios para a aplicação do princípio da insignificância, pouco analisando a ausência dos requisitos da conduta minimamente ofensiva, a periculosidade social da ação ou o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento.

O único dos critérios que o Superior Tribunal Federal utilizou em seus votos como forma de admissibilidade da aplicação do princípio da insignificância é o da lesão jurídica inexpressiva. Além deste requisito, o fato de o réu ser reincidente também é analisado nos dois acórdãos.

No Habeas Corpus 138.697, do crime de furto, o relator ressalta que não foi aplicado o princípio da insignificância pelos outros tribunais apenas pelo fato de o réu ser reincidente, dando a entender que os outros critérios não são alvos da questão. Já no HC 139.393, nada disso está presente. O que ocorre neste voto é uma análise sobre qual valor será aplicado, o valor de R\$ 20 mil (vinte mil reais) ou o valor de R\$ 10 mil (dez mil reais), sendo citada de forma vaga a falta de reincidência dos réus.

Dito isso, pode-se levantar o ponto de que há uma maior valoração do critério da existência ou não da lesão jurídica inexpressiva (e sua majoração econômica), frente aos demais critérios. O que ambos os votos do STF dão a entender é que o único critério absoluto daqueles já consolidados em entendimentos anteriores é o da lesão jurídica inexpressiva.

O fato levantado passa a ser então a tutela do bem jurídico de cada um dos crimes.

Ao publicar as portarias nº 75 e nº 120, o Ministério da Fazenda está determinando que não cobrará judicialmente pelas dívidas dos crimes tributários cujo valores sejam inferiores a R\$ 20 mil. É plausível dizer, então, que esse ato do Estado se enquadra no art. 156, IV do Código Tributário Nacional, onde se encontra o instituto da remissão, visto que o não ajuizamento dos valores já citados seria realmente uma desistência já que o Estado não cobraria o tributo.

Enquanto que no crime de descaminho a remissão está sendo aplicada de acordo com os valores advindos das portarias do Ministério da Fazenda, no crime de furto ele não é possível, visto a ausência de previsão legal. Isso, no entanto, é questionável se posto sob a ótica do bem jurídico tutelado e quais são os seus titulares. O que pode ser dito é que o Estado pode desistir de cobrar os valores devidos a ele, abstraindo de tributos que viriam a ser acrescidos na receita da União e seriam investidos para toda a sociedade, já a pessoa particular não pode se utilizar do instituto do perdão judicial, mesmo que isso viesse a causar uma lesão apenas ao seu bem jurídico, isto é, causasse uma lesão que afetasse apenas a ela.

Retomando a análise dos acórdãos alvos deste trabalho, é possível dizer também que além de estar sendo aplicado apenas um dos quatro requisitos de admissibilidade do princípio da insignificância, o STF também está condicionando a aplicabilidade do princípio ao fato de o réu ser reincidente ou não. No entanto, a reincidência não se encontra nos requisitos já firmados pelo tribunal superior.

Desse modo, passa-se a crer que o posicionamento do STF é o de não conceder o princípio da insignificância se o réu for reincidente, mesmo em um caso no qual todos os critérios anteriormente citados e analisados sejam atendidos.

4. Conclusão

O desenvolvimento deste trabalho suscitou uma análise aprofundada dos Habeas Corpus 139.393 em 138.697, onde se buscou-se a aplicação do princípio da insignificância e seus quatro critérios de aplicação. Ademais, também foi possível perceber a importância da reincidência para que fosse empregado o princípio supracitado.

De acordo com a análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal, ficou visível a grande preocupação do judiciário com o critério da lesão jurídica inexpressiva e o descaso com os outros três requisitos. Em ambos os crimes pesquisados (furto e descaminho) os ministros da instância superior deixaram de considerar os requisitos da conduta minimamente ofensiva do agente, da ausência de periculosidade social da ação e do reduzido grau de reprovabilidade do comportamento, utilizando-se apenas da lesão jurídica inexpressiva e da reincidência (ou não) do réu.

Dito isso, percebe-se que a diferença entre a aplicação do princípio da insignificância no crime de furto e no crime de descaminho se baseia em apenas um fato: as portarias nº 75 e nº 120 publicadas pelo Ministério da Fazenda. A posição do Estado de abdicar dos valores inferiores a R\$ 20 mil nos crimes de descaminho se enquadra no art. 156, IV do Código Tributário Nacional, onde está prevista a remissão. Dessa forma, pode-se dizer que o que há é uma renúncia dos valores inferiores a R\$ 20 mil no crime de descaminho, e não uma aplicação do princípio da insignificância.

Ademais, a pesquisa proporcionou a perspectiva de que a posição do Estado com a criação do Código Penal foi a de punir mais quem atenta contra o privado, contra o patrimônio do indivíduo, do que aquilo que ferir o que for público, a sociedade.

Feito estes destaques, cabe falar que o princípio da insignificância deve ser aplicado conforme todos os critérios já consolidados pelo Su-

premo Tribunal Federal, não devendo os casos serem submetidos à análise de apenas um dos requisitos.

Referências:

BRASIL. Decreto-lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Planalto**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em 21 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 138.697**, de 16 de maio de 2017. Segunda Turma, Brasília, DF. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12816493>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 139.393**, de 18 de abril de 2017. Segunda Turma, Brasília, DF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=311897027&ext=.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal - Parte Geral** - 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Justiça em Números 2018: ano-base 2017/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em 21 ago. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56

MILLES, Kelly. **A natureza tributária do crime de contrabando e descaminho**. In: **Jus Navigandi Ltda**, Teresina, Piauí, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50774/a-natureza-tributaria-do-crime-de-contrabando-e-descaminho>. Acesso em: 12 ago. 2019.

PEDROSO, Homell Antonio Martins, VAN DER BROOKE, Alexandre Moreira. **Princípio da Insignificância: Proporcionalidade e Ponderação**. In: **REJU: Revista Jurídica**, Santa Cruz do Rio Pardo, v. 5, nº 2, 2017. Disponível em: <http://oapecsuperior.com.br/revista-cientifica/index.php/REJU/article/view/77/92>. Acesso em: 24 set. 2019.

SANTOS, Marcos. **Salário mínimo sobe para R\$ 954 a partir de 1º de janeiro.** 2017.

Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/mandatomicheltemer/acompanhe-planalto/noticias/2017/12/salario-minimo-sobe-para-r-954-a-partir-de-1-de-janeiro>. Acesso em 10 ago. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. PIARANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro - Volume 1 - Parte Geral** - 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

Genocídio da população negra

A seletividade dos sistema penal brasileiro: a população negra como alvo

*Jackson de Jesus SousaLeite*¹

1. Introdução

O processo de construção do Brasil foi marcado pelo sistema colonizador, no qual os escravos vindos de diversas partes do Continente Africano foram a principal mão de obra utilizada. Durante todo este período o povo negro sofreu as maiores atrocidades existentes, porque não eram considerados como seres humanos, logo, não existia nenhum tipo de amparo seja ele político, social ou jurídico. Todavia, os anos se passaram e através de muitas lutas e resistência em 1888 por meio do decreto nomeado Lei Áurea foi acabada “definitivamente” a escravidão. Anos mais tarde foi celebrada a Declaração dos Direitos Humanos, reforçando que todos os indivíduos são iguais independente de características sexuais, étnico-raciais e outras. Seguida da promulgação da Constituição Federal de 1988, elencando em seu texto os direitos fundamentais inerentes ao ser humano.

Mas embora a sociedade tenha conquistado alguns direitos referentes a questões étnico-raciais, é nítido o retrocesso que vem se apresentando nas últimas décadas. O preconceito e estigmatização sofrida por homens e mulheres negras só mudou de formato. E o sistema

¹ Graduando do Curso de Direito da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XIX.

E-mail: jahcksonleyte@gmail.com

penal é um grande agente que reforça tal política discriminatória. Por isso, torna-se indispensável a compreensão da problemática apresentada nessa investigativa.

Assim, esse estudo tem como objetivo principal compreender a discriminação sofrida pela população negra ante o sistema penal brasileiro. Para mais, será analisado quais fatores influenciam para que esse processo seletivo ocorra e suas raízes históricas; o que a legislação brasileira diz a respeito; quais são as consequências que podem ser acometidas as vítimas; que medidas podem ser tomadas para acabar com essa injustiça racial e, por fim, enfatizar a importância da discussão no que se refere a relação do sistema penal do Brasil e a comunidade negra.

Intentando dar concretude e fundamentação a este trabalho será realizada uma pesquisa bibliográfica baseada em legislações, livros, textos científicos e decisões judiciais. Além disso, analisara-se estudos concernentes a segurança pública nacional visando construir um panorama que auxilie no entendimento da temática proposta levantando dados que apresente qual o público preenche as penitenciárias brasileiras, bem como identificar o grupo que mais morre sendo vítima do sistema penal brasileiro, fazendo uma leitura da realidade do mesmo.

Desse modo, este artigo será estruturado em três capítulos. O primeiro trará em seu corpo uma análise do desenvolvimento do sistema penal brasileiro; o segundo apresentará um panorama acerca da realidade das penitenciárias e o último retratará o público-alvo vítima de homicídio deste sistema.

2. Uma análise histórica do sistema penal brasileiro

O direito de punir surge do convívio social. Com intuito de promover a paz coletiva, transformando a sociedade em um local harmonioso onde os indivíduos pudessem viver de maneira pacífica. Ao caminhar pela história encontra-se várias fases do sistema punitivo: Vingança Privada, marcada pela ausência dos critérios da razoabilidade e

proporcionalidade; Vingança Divina, na qual Deus/deuses detinham o poder punitivo; Vingança Pública, em que ocorre a separação do direito e religião e o Estado passa a ser o centro da vida humana (GRECO, 2017, p. 15-18). Além da Vingança Humanitária, fase esta que impulsionada pelo pensamento iluminista e liberal o homem passa a ser o centro das relações da vida social (GRECO, 2017, p. 23-24).

Tratando-se do Brasil, o sistema penal foi também marcado por diversas fases. Iniciando pelo período colonial onde a vingança privada era a forma de punição das infrações cometidas na época. Mas com a chegada dos portugueses no ano de 1500 esse cenário é modificado e o direito de Portugal (Direito Lusitano) passa a vigorar nas terras brasileiras, com a presença das Ordenações Afonsinas (1446), Ordenações Manuelinas (1521) e Ordenações Filipinas (1603) (BITENCOURT, 2017, p. 99-100).

Após o processo de independência, o país precisava organizar sua estrutura política e administrativa, o que impulsionou a criação da Constituição de 1824. Porém, apenas a Carta Magna não resolvia todas as necessidades existentes. Era necessário, portanto, a criação de um Código Criminal que fosse alicerçado nos parâmetros da justiça e equidade. E em 1827, Marcelo Pereira Vasconcelos apresenta um projeto de código criminal que tratava desde o desenvolvimento das máximas jurídicas até a divisão das penas, o qual foi sancionado pelo imperador D. Pedro I em 1830. Surgindo, assim, o Código Criminal do Império (BITENCOURT, 2017, p. 100-101).

Mas embora este código tenha sido criado com intuito de atender parâmetros equos e justos, as suas previsões não corresponderam a tais “expectativas”. Muitas das leis previstas neste dispositivo reafirmavam a política escravocrata e a desumanização do povo negro. O artigo 14 que tratava dos crimes justificáveis, no item 6º trazia:

Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discípulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade dele, não seja contrária às Leis em vigor.

Observa-se, desse modo, que essa disposição permitia aos donos de escravos a prática de condutas lesivas que viesse a causar dano a seu escravo, mesmo de maneira moderada como forma de castigo. Ou seja, os negros eram vistos como objetos. E tal aceção configura um expressivo ato de racismo validado pelo Estado.

Com o fim da era imperial e o advento do período republicano, em 1890 antes mesmo da Constituição de 1891 foi publicado um novo código penal. Todavia, devido ao seu rápido processo de construção este novo código apresentou muitos equívocos técnicos e não correspondia aos avanços da doutrina daquela época, chegando a ser considerado o pior Código Penal da história. E por conta da grande quantidade de leis extravagantes que foram aparecendo ao longo do tempo, coube ao Desembargador Vicente de Piragibe solidificá-las, dando origem a Solidificação das Leis Penais de Piragibe no ano de 1932. (BITENCOURT, 2017, p. 101).

Haja vista o término da escravidão no Brasil e o avanço doutrinário, o código penal republicano trouxe em seu corpo artifícios que continuava punindo a população negra. A capoeira, por exemplo, foi uma prática proibida por este código:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças públicas exercício de agilidade e destreza corporal conhecida pela denominação de Capoeiragem: andar em carreiras, com armas ou instrumentos capazes de produzir lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal;

Pena de prisão celular por dois a seis meses.

Parágrafo único. É considerado circunstância agravante pertencer a capoeira em alguma banda ou malta.

Sabia-se que a capoeira era uma atividade praticada majoritariamente pelo povo negro, logo, a vedação dessa prática era mais uma forma de legitimar atos violentos, encarceramentos e até mesmo torturas contra esse grupo. Ademais, a prisão não ocorria necessariamente por meio do flagrante, mas o simples conhecimento da prática já era o sufici-

ente para que o indivíduo ou grupo fosse levado preso. O que evidencia a ação discriminatória do Estado que mesmo após a escravidão buscava mecanismos para criminalizar os negros.

E só em 1937 a capoeira deixa de ser crime. Por meio de um decreto proferido pelo então presidente da república, Getúlio Vargas. Tal ação, foi fruto de intensos esforços de grandes capoeiristas como Mestre Bimba e Pastinha que lutaram para que a prática de tal atividade fosse vista de maneira não estereotipada e que fosse incluída no rol dos demais esportes, afim de ganhar um prestígio social (CARVALHO; CORDEIRO, 2013, p. 77-79).

Após 1932, houveram muitos projetos com intuito de substituir o código republicano, mas a maioria não obteve sucesso. Um novo Código Criminal só foi sancionado no ano de 1940, depois de Alcântara Machado ter apresentado um projeto em 1937. E este novo código que passou a vigor em 1942 vigora até os dias de hoje (BITENCOURT, 2017, p. 101).

No entanto, o código de 1940 não trouxe nenhum avanço no que se diz respeito ao combate de condutas racistas. E apenas a existência do decreto proferido por Vargas em 1937 não era suficiente pra coibir tais práticas. O que impulsionou o surgimento da Lei Afonso Arinos nº 1.390/1951, primeira previsão legal que tratava do racismo como crime, enquadrando-o como contravenção penal (ALMEIDA; CASTRO, 2017, p.36).

Anos mais tarde, a Lei Afonso Arinos nº 1.390/1951 foi perdendo sua eficácia, pois a previsão do racismo apenas como contravenção penal tornou-se insuficiente, sendo necessário penas mais rigorosas para combater práticas racistas, dando lugar ao movimento negro para buscar novas alternativas, o que resultou na previsão do artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal de 1988: “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”. (ALMEIDA; CASTRO, 2017, p.36-38).

Um ano depois, com intuito de fortalecer e dar visibilidade as frequentes lutas do movimento negro foi promulgada a Lei nº 7.716/89 que

solidificou de maneira formal o crime do racismo, art. 1º: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de preconceitos de raça ou de cor”. E vislumbrando inibir de maneira mais concreta o racismo esta lei foi substituída pela Lei 9.459/97 que trouxe alterações e acréscimos, art. 1º: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, art. 20: “Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

Esse contexto de acréscimos e modificações, acabou por influenciar também o Código Penal de 1940, sendo inserido um novo parágrafo em seu artigo tratando da injúria racial:

Art. 140, § 3º: Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

Feito esse recorte histórico do código penal dando ênfase na maneira pela qual o povo negro foi/é tratado nesse dispositivo, é possível perceber o quão recente são as previsões que tem por finalidade garantir uma qualidade digna de existência dessa população. E ainda que exista instrumentos legais para combater e coibir o racismo, tal prática priva a liberdade e mata todos os dias negros no Brasil.

3. A cor das penitenciárias brasileiras

Na sociedade brasileira ainda persiste um discurso de democracia racial, o qual muitas das vezes esconde o racismo estrutural que diariamente condena e mata uma grande parcela da comunidade negra. Tornou-se rotina enquadrar uma pessoa negra como bandida ou criminosa. Há quem diga que a escravidão acabou em 1888, mas o povo negro ainda continua sofrendo na pele violências absurdas simplesmente pela cor que carrega consigo. E está estigmatização perpassa do tecido social e

estende-se a esfera do sistema penal, sistema responsável por grande parte dos ataques contra este grupo. E essa linha de raciocínio pode ser confirmada pela reflexão feita por Juliana Borges ao dizer que:

O Estado no Brasil é o que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos pelos quais deve se nutrir medo e, portanto, sujeitos à repressão. A sociedade, imbuída de medo por esse discurso e pano de fundo ideológico, corrobora e incentiva a violência, a tortura, as prisões e o genocídio (BORGES, 2019, p. 57).

Assim, diante do que traz a autora, fica nítido o quão grave é o estereótipo atribuído a população negra. Impactando diretamente nas suas vidas, seja nas simples relações sociais até mesmo no direito de sua própria existência.

De acordo com (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 69) o sistema penal é definido como “controle social punitivo institucionalizado”. Isto é, aquele que abrange desde a constatação de uma infração até quem será responsável por aplicar a pena. E ao se tratar do conceito de punição os autores fazem a seguinte observação:

“punição” é ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidade pessoal do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações (PIERANGELI; ZAFFARONI, 2011, p. 70).

Posto isso, vê-se que a concepção desses estudiosos traz um elemento que está diretamente ligado com a atuação do sistema penal brasileiro, a seletividade. A cada ano, o número de pessoas negras que são privadas de liberdade tem aumentado significativamente. Segundo o relatório realizado em 2016 pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen há 700 mil pessoas privadas de liberdade no Brasil,

destas 493.145 (72%) tiveram raça, etnia e cor classificadas. Dentro deste grupo, 64% são negras, o que representa quase dois terços de toda população carcerária brasileira. E a situação é ainda mais grave em alguns estados como no Acre, onde 95% dos presos são negros. No Amapá, são 91% e, na Bahia, 89%.

Levando em consideração esses dados é perceptível que existe um público alvo a ser condenado à prisão, homens e mulheres negras. E este processo seletivo começa pelas abordagens policiais desumanas, onde indivíduos negros são maltratados e tem seus direitos violados, mas que infelizmente medidas cabíveis não são tomadas.

E o discurso de que todos são iguais perante a lei torna-se cada dia mais distante da realidade deste grupo. Situação está que pode ser comparada com o que Michel Foucault chamou de dissimetria de classe em que:

(...) seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela feita para alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem (...). (FOUCAULT, 2004, p. 229).

Em discordância com seu objetivo, o sistema penal age de maneira discriminatória escolhendo quem vai colocar atrás das grades, elegendo pessoas negras como alvo das prisões e não especificamente condutas que são consideradas crime. Caracterizando o fenômeno do etiquetamento racista, que atribui ao negro estereótipo de criminoso devendo por isso ser punido.

Tratando-se do sistema penal brasileiro, não se pode deixar de trazer à tona a Lei de Drogas (Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) que vem legitimando o encarceramento em massa da comunidade negra,

sobretudo o público feminino. Porque o discurso de combate ao tráfico drogas, na verdade só contribui para a manutenção de um sistema hierárquico baseados em desigualdades raciais. (BORGES, 2019, p. 99-100).

E essa atribuição de estereótipos à população negra como sendo criminosa persiste também após o cumprimento da pena. O que interfere diretamente no processo de reintegração do indivíduo no meio social, impossibilitando que o mesmo possa praticar atividades normais de um cidadão comum. E como bem asseverou Angela Davis em uma de suas passagens na ilustríssima obra, *A democracia da abolição: para além do império das prisões e da tortura*, os negros que saem das penitenciárias enfrentam uma dificuldade maior para serem reintegrados na sociedade em relação aos brancos (DAVIS, 2009, p. 15).

Tendo em vista as considerações aqui apresentadas, é inegável a existência do projeto de encarceramento em massa da população negra, decorrente do racismo estrutural e institucionalizado em que é alicerçado o sistema penal do Brasil. Sendo necessário, portanto, a criação de mecanismos que elevem os negros a um grau de igualdade não apenas formal pois o mesmo já se mostra insuficiente, mas a um grau de igualdade material em que as intervenções voltadas para o combate do racismo não se restrinja aos dispositivos legais, mas que tem eficácia prática. Saindo do campo simbólico para aplicação concreta.

4. A seletividade penal: o negro na mira do gatilho

Além do encarceramento em massa, há de se falar em uma outra questão bastante problemática que tem tomado proporções cada vez maiores no Brasil, o extermínio do povo negro. Cotidianamente jovens negros têm seus sangues derramados por toda parte do país, sem mesmo saber o motivo de sua morte.

Ao se deparar com jornais, noticiários e outros meios de comunicação é notório um ponto em comum entre eles: o indivíduo que está sendo considerado “bandido” ou aquele que teve sua vida ceifada é negro. E de

modo infeliz, tal situação acabou se normalizando e não gera nenhum estranhamento na sociedade. Pois “convencionou-se” que vidas negras não tem importância.

Os dados apresentados na Atlas da Violência 2019 revelam que no ano de 2017 75,5% das vítimas de homicídio no país foram negros. Sendo que a taxa de homicídios por 100 mil negros foi de 43,1, encontra partida a taxa de não negros foi de 16,0. Demonstrando assim, uma disparidade entre o número de negros que morreram em relação aos brancos.

Ainda nessa perspectiva quantitativa, segundo o Índice de Vulnerabilidade Juvenil à Violência (IVJ) no ano de 2015 o risco de um jovem negro ser vítima de homicídio em relação a um jovem branco era 2,7 vezes maior. Paralelo a isso, a investigação feita pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública apontou que os 5.896 boletins de ocorrência de mortes resultantes de intervenções policiais analisados entre 2015 e 2016 correspondem a 78% do universo de mortes entre esses dois anos. E descartando as vítimas que não revelaram raça/cor, 76,2% das vítimas de ação da polícia são negras.

Estas estatísticas não são apenas a expressão de números, mas antes de tudo, a revelação do mito da democracia racial que vivemos. Como falar em democracia num país em que a cada 23 minutos um jovem negro tem sua vida ceifada? Como lidar com um Estado que cria políticas voltadas para a manutenção da segurança pública, mas que tem como plano de fundo um projeto genocida?

Tais questionamentos podem ser respondidos pela reflexão feita por Silvio Almeida ao tratar da relação existente entre racismo e Estado. Para ele, o Estado utiliza o racismo para duas finalidades: a primeira como sendo um mecanismo que mantém uma sociedade baseada na existência de fracos e fortes, bons e maus e entre aqueles que devem viver e aqueles que devem morrer; e a segunda refere-se ao estabelecimento de uma relação positiva da execução das mortes. (ALMEIDA, 2019, p. 115) E a visão de Silvio Almeida coaduna com o pensamento de Ana Luiza Flauzina ao afirmar que: “deve-se matar os negros em quantidade, atingindo

preferencialmente os jovens enquanto cerne vital da continuidade da existência do grupo” (FLAUZINA, 2006, p.116).

A aceção desses autores, portanto, aponta para uma conclusão: o Estado brasileiro sustenta um projeto genocida que tem como principal alvo a comunidade negra. E a atuação policial corrobora diretamente para sua concretização.

Os agentes de segurança pública continuam a usar o mesmo discurso, “estava no local errado e na hora errada”, “era traficante”, “revidamos as agressões”, “acontece, nos confundimos” enfim, tantas outras falas que pairam como justificativa quando um jovem negro é assassinado. E o curioso de tudo isso é perceber que nunca erram o alvo, até porque o gatilho sempre tem uma mira.

Como já foi apresentado nos dados traduzidos pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, das pessoas que declararam raça/cor, 76,2% das vítimas da ação da polícia são negras. O que nos remete ao fenômeno denominado “letalidade policial”, que consiste na prática de condutas violentas por partes dos policiais resultando na morte de indivíduos que na maioria das vezes são inocentes. E um fator agravante a essa situação é o fato de que em muitos casos não ocorre os trâmites do processo legal e os policiais ficam impunes. Abrindo espaço para o aumento de ações como essas.

Esse descaso em relação ao retorno que é dado ao cidadão envolvido no processo está diretamente ligado não só a cor de sua pele, mas também a classe social que ele ocupa. As classes dominantes desde o período da escravidão agem de maneira a marginalizar o negro, empurrando-o para uma posição de subalternização. E a “Justiça” não foge à regra, sobretudo se pensarmos em quem estão ocupando esses espaços. E como mostra Silvio Almeida, o Estado “cria as políticas de lei e ordem e tolerância zero, que irão aumentar o encarceramento e as mortes efetuadas pelo Estado” (ALMEIDA, 2019, p. 189).

Vê-se, dessa maneira, que raça e classe são fatores segregacionistas utilizados para a manutenção de uma sociedade desigual, sendo a popu-

lação negra o alvo principal desse sistema. Onde o Estado ao invés de proteger, prende e mata esses indivíduos.

5. Considerações finais

O racismo estrutural e institucionalizado encarcera e ceifa vidas negras diariamente no Brasil. E essa política discriminatória é praticada por agentes de instituições públicas e, sobretudo, por instituições policiais a qual acaba atuando de forma perversa, elegendo os cidadãos negros como a suspeita principal dando-lhe o estereótipo de inimiga da sociedade.

Face ao exposto, é essencial que se reconheça o encarceramento em massa e o genocídio da comunidade negra como um problema do Estado, o qual deve ser responsável por traçar estratégias que reverta tal cenário seja no âmbito municipal, estadual ou nacional. Bem como a criação de políticas públicas visando alcançar este grupo, uma vez que o mesmo é o mais atingido pela desigualdade social, bem como a elaboração de mecanismos com o objetivo de desconstruir a imagem pejorativa que é atribuída aos negros. Para mais, é preciso que seja combatida a letalidade crescente praticada pelos policiais e que os mesmos quando acusados passem por investigações mais precisas, derrubando discursos repetitivos como o da legítima defesa.

Destarte, com essas e outras medidas será possível diminuir o índice de pessoas negras que são privadas de liberdade e que são vítimas de homicídio, especialmente, pelo sistema penal. Além de construir uma sociedade mais igualitária destruindo essa estrutura racista que está montada no Brasil.

Referências

ALMEIDA, Jémerson Quirino de; CASTRO, Alexandre. Da contravenção penal ao crime de racismo: uma história de impunidade. **Revista Mosaico**. v.8, n°13. Disponível: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/mosaico/article/view/76867/74570>>. Acesso em: 23 set 2019.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Pólen, 2019.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Pólen, 2019.

BISNETO ALECRIM, José Victor da Costa (coord). **Índice de vulnerabilidade Juvenil à violência**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**: Dos vadios e capoeiras. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>. Acesso em: 10 ago 2019.

BRASIL. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Dos crimes contra a honra. Disponível: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 24 set 2019.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**: Dos crimes justificáveis. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 10 ago 20019.

BRASIL. **Lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1390.htm>. Acesso em: 23 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9459.htm>. Acesso: 23 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 23 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 343, de dezembro de agosto de 2006**. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 24 set 2019.

BUENO, Samira; Lima, Renato Sérgio de (coord). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.

CARVALHO, Nazaré Cristina; CORDEIRO, Albert Alan de Sousa. Capoeira, do crime à legalização: Uma história de resistência da cultura popular. **Revista Trilhas da História**. v.2, n° 4. Três Lagoas. Disponível em: <www.trilhasdahistoria.ufms.br/index.php/RevTH/article/view/417/pdf_44>. Acesso em: 22 set 2019.

CERQUEIRA, Daniel (coord). **Atlas de Violência**. Rio de Janeiro: Ipea; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019.

DAVIS, Angela. **A democracia da abolição**: para além do império das prisões e da tortura. Trad. Arthur Neves Teixeira. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade de Brasília, Brasília, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

SANTOS, Thandara (org). **Levantamento de informações penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

A política de branqueamento e os sujeitos de direito à luz da teoria de Pachukanis

*Alex Vandiego Salustiano Santos*¹

*Hadassa Freire da Silva Gonçalves Santos*²

1. Introdução:

O presente artigo se constitui em uma experiência exploratória realizada mediante o levantamento bibliográfico e documental acerca da Teoria de Pachukanis (1988) e sua relação com os sujeitos de direito à luz da política de branqueamento no Brasil.

A Teoria de Pachukanis consolida-se como uma extensão da teoria marxista acerca do capital. Para ele, a posse do capital representa a hierarquia social, na medida em que a sociedade corresponde ao mercado, no qual cada comprador e cada vendedor é um sujeito de direito por excelência, de modo que quem não integra essa relação está, consequentemente, à margem das relações de poder. O valor de troca deixa de ser valor de troca e a mercadoria deixa de ser mercadoria se a proporção da troca for determinada por uma autoridade que se situa fora das leis iminentes do mercado, sendo estes agentes o Direito e o Estado (MASCARO, 2018, p.477).

¹ Alex Vandiego Salustiano Santos, estudante de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Membro do Núcleo de Análises em Direitos Humanos e Alteridades – NADHA, pela UCSAL.

² Hadassa Freire da Silva Gonçalves Santos, estudante de Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Membro do Núcleo de Análises em Direitos Humanos e Alteridades – NADHA, pela UCSAL.

O Direito é consolidado nos moldes da estrutura capitalista, que é ratificado pelo Estado. É justamente essa conjuntura que reforça as distinções de classes e, conseqüentemente, a exploração dos mais abastados sob os socialmente vulnerabilizados. É nessa lógica que depreende-se que a forma jurídica do Direito é similar à forma do capitalismo, pois o direito é um fenômeno enraizado nas relações sociais capitalistas (MASCARO, 2018, p. 479). Sendo assim, mesmo que o proletariado consiga avançar através da luta de classes, continuará a alimentar a forma jurídica que tutela o capitalismo e explora a força de trabalho.

Nesse sentido, se estabelece que todas as relações jurídicas são relações entre sujeitos, portanto para que o indivíduo torne-se sujeito de direito é necessário estabelecer uma relação mercantil, quer seja a venda de sua força de trabalho. Por conseguinte, nessa relação, aqueles que demonstram-se incapazes de compor essa estrutura estão conseqüentemente eximidos da titulação de sujeitos de direito (PACHUKANIS, 1988, p. 68).

Dito isso, observando esse panorama e considerando o recorte histórico do período abolicionista – final do século XIX e início do século XX –, percebe-se que os negros escravizados, recém tirados da condição de exploração, foram colocados à margem da sociedade e impedidos de, até mesmo, venderem sua força de trabalho, o que os colocou em um estado de precarização diante do projeto de uma nova sociedade que emergira. O plano era traçar uma sociedade brasileira em busca do estabelecimento de uma nacionalidade identitária, através de políticas de branqueamento, projeto este que envolvia a eugeniação e a higienização social enquanto política pública (PETAN, 2013).

Influenciados pelas teorias científicas raciais, iniciaram-se as políticas imigratórias que implantaram um plano de inclusão dos imigrantes brancos – já estabelecidos na condição sujeitos de direito – no Brasil. Essa perspectiva se estendia por meio da substituição física dos escravizados pelos imigrantes, seja na agricultura ou nas diversas ativi-

dades urbanas, o que aprofundou o abismo entre negros e brancos na sociedade brasileira (AZEVEDO, 1987, p.59).

Fruto do esgotamento cultural dos costumes africanos, que fomentou as estruturas que mantinham a população negra na condição de pobreza e exclusão social e política, os imigrantes que aqui chegaram revestiram-se da responsabilidade de trazer o progresso e civilização. Assim, a velha preocupação com a ausência de um povo e a heterogenia socio-racial ganhou novos e mais densos contornos no ideário de inferiorização dos negros (AZEVEDO, 1987, p.61).

Essa ideia de rechaçar a raça negra não constituía apenas uma teoria abstrata, mas sim uma calculada estratégia de destruição explícita na sugestão de deixar os afro-brasileiros propositalmente indefesos e fragilizados. Essa iniciativa não surgiu espontaneamente, mas em congruência com o Estado e aval do Direito, que oprimiram corpos negros, sepultaram sua ancestralidade e, conseqüentemente, findaram em discursos de ódio e em extermínios em massa ratificados pela anuência estatal (NASCIMENTO, 1978, p. 73).

Objetivando demonstrar tal uso do Direito como ferramenta histórica do capitalismo, que encabeçou o extermínio da população negra estruturalmente, confrontamos a Teoria de Pachukanis com o genocídio negro à luz da obra “O Genocídio do Negro Brasileiro de Abdias Nascimento (1978), que denuncia a perversidade institucional implantada desde o período colonial, cuja perpetuação se estende sistematicamente à contemporaneidade.

A fim de analisar os resultados e respostas acerca da problematização apresentada neste artigo, será feita a análise bibliográfica sobre obras que confrontam as causas do genocídio negro, bem como a aplicação da teoria de Pachukanis sob esta pauta, através da pesquisa explicativa.

O estudo deste artigo demonstra-se fundamentado em ideias e pressupostos de teóricos que apresentam significativa importância na definição e construção dos conceitos discutidos nesta análise: o genocídio do negro brasileiro e as políticas de branqueamento à luz da teoria de

Pachukanis. Para tal, estes objetos serão estudados em fontes secundárias como trabalhos acadêmicos, artigos, livros e afins, que foram aqui selecionados.

Foram escolhidas obras que retratam e detalham as características históricas do movimento abolicionista e que situam seu caráter diante da conjuntura dos séculos XIX e XX, a exemplo de “Genocídio do negro no Brasil: um processo de racismo mascarado” de Abdias Nascimento, “Onda negra medo branco” de Célia Maria Marinho de Azevedo e “Racismo Estrutural” de Silvio Almeida. Além disso, o confronto com a teoria supracitada se faz a partir da obra de Alysson Mascaro “Filosofia do Direito” que, dentre as teses abordadas, levanta a discussão sobre Pachukanis, e sua teoria que se pretende à extensão de Karl Marx, bem como a obra do próprio Pachukanis, “Teoria Geral do Marxismo”.

Desse modo, o artigo se dará por meio do método conceitual-analítico, tendo em vista que utilizaremos conceitos e ideias de outros autores, verossímeis com o que objetivamos, para a construção de uma análise científica sobre o nossa pauta de problematização.

Ante o exposto, depreende-se que o método de abordagem escolhido viabiliza uma liberdade criativa na análise das mais variadas leituras, possibilitando trazer à tona diversos conceitos e posições na construção, inexistindo a obrigação de conceber uma resposta universal e/ou uma conclusão genérica a respeito do objeto estudado, cujo caráter restringe-se exclusivamente a proporcionar o aumento do conhecimento sobre o assunto abordado.

2. A exclusão do negro como signo da civilidade nacional:

Consoante ao entendimento pachukaniano, o Direito passou a ter especificidade a partir do capitalismo. Nesse sistema o Direito passa a ocupar um lugar específico no todo da vida social, dotando-o de singularidade. O Direito abarca diversos objetos e os disciplinam juridicamente, contudo, sua preocupação não se restringe apenas à esfera quantitativa,

mas também à qualitativa, lidando de modo específico com esses variados temas. Por isso, é a qualidade do Direito o grande identificador do fenômeno jurídico moderno, visto que no escravagismo, tanto quanto no feudalismo, que são anteriores ao capitalismo, não há especificamente uma instância jurídica consolidada (MASCARO, 2013, p. 4).

No Brasil colonial, em que o regime escravocrata estruturou as relações sociais, fica evidente apenas um direito quantitativo, considerando que, apesar de regular diversos ramos da sociedade, este não era dotado de especificidades. Neste cenário, observando que o Direito é uma ferramenta do capitalismo, é imprescindível aceitar que uma sociedade que se estrutura a partir dos moldes escravagistas, cuja base é a privação de liberdade, não há possibilidade da consolidação de um direito específico, mas ao máximo um compilado de normas que sirva como ordenamento social e que atenda a interesses específicos de quem está em evidência enquanto dominante social.

Superado o período escravagista, o Estado brasileiro passou a fomentar iniciativas à remodelação social. O objetivo era construir uma identidade nacional cujas características deveriam assemelhar-se à perspectiva eurocêntrica. Nesse sentido, inúmeras políticas públicas foram implantadas no final do século XIX, se estendendo ao século XX, cuja intenção era construir uma sociedade hegemonicamente branca e que, conseqüentemente, mantivesse o negro fora das relações sociais.

Nessa lógica, tanto a legislação, os poderes públicos e os círculos politicamente ativos da sociedade se mantiveram indiferentes e inertes diante de um drama material e moral que sempre fora claramente reconhecido e previsto (FERNANDES, 2008, p.32).

Em execução ao plano de reestruturação social, as medidas adotadas visavam controlar a população em geral, sobretudo através da necessidade de produzir a própria subjetividade do trabalhador livre, que consistia na criação de uma massa de trabalhadores que fosse capaz de alavancar o país. As elites dominantes fomentaram uma repressão sistemática que tinham como projeto a destruição e a inferiorização do legado cultural

africano. A partir disso, a eficácia desses mecanismos se mostrou através do total distanciamento dos ex-escravizados, sobretudo nas relações trabalhistas.

Apesar de o Estado não mais avaliar a posse dos corpos negros e a exploração de sua mão de obra, inexistia no então projeto de nação qualquer inserção e/ou valorização da mão de obra negra; a propósito, após a Lei Áurea, ao negro foi resguardado apenas a liberdade e mais nenhum outro direito, sequer condições dignas de existência, o que resultou no processo estrutural de pauperização dessa população e conseqüentemente a exclusão destes enquanto sujeitos de direito. Nesse sentido Silva Bento preceitua:

[...] o primeiro passo da exclusão moral é a desvalorização do outro como pessoa e, no limite, como ser humano. Os excluídos moralmente são considerados sem valor, indignos e, portanto, passíveis de serem prejudicados ou explorados. A exclusão moral pode assumir formas severas, como o genocídio; ou mais brandas, como a discriminação. Em certa medida, qualquer um de nós tem limites morais, podendo excluir moralmente os demais em alguma esfera de nossas vidas. Em geral, expressamos sentimentos de obrigações morais na família, com amigos, mas nem sempre com estranhos e, menos ainda, com inimigos e membros de grupos negativamente estereotipados. Pelos processos psicossociais de exclusão moral, os que estão fora do nosso universo moral são julgados com mais dureza e suas falhas justificam o utilitarismo, a exploração, o descaso, a desumanidade com que são tratados (BENTO, 2002, p. 5).

Diante disso, infere-se que essa exclusão social, que é capitalista, sugere que as pessoas sejam valoradas a partir daquilo que conseguem ofertar ao mercado, logo, ao desvalorizar a humanidade do negro do panorama trabalhista, sua mão de obra, que até então servira para ser explorada, foi descartada da relação mercantil de venda da força de trabalho, desqualificando-a da dinâmica econômica brasileira.

A manutenção do negro fora das atividades produtivas abriu margem à necessidade de mão de obra para gerir os insumos da cadeia econômica nacional. Para isso, considerando que o caráter abolicionista

que Estado se revestira não intencionava diminuir o abismo histórico da escravidão, intensificou-se os fluxos migratórios de europeus e asiáticos para a substituição da mão obra negra. Estes, por sua vez, diferentemente do que ocorreu com os africanos trazidos, comporiam a economia nacional através da valorização da força de trabalho e, muitos deles, já munidos de subsídios fornecidos pelo governo, como terras e animais (SYLVIA, 2019).

Nesse contexto pós-abolicionista, a valorização do europeu como o tipo de trabalhador e cidadão ideal repousava sobre a idéia da inferioridade racial de grande parte da população brasileira (AZEVEDO, 1987, p. 85), fazendo com que o aparelho de poder do Estado fosse se consolidando e se fortalecendo pela classe dominante, portanto, a subordinação de uma parte da população a outra se reveste a forma de um domínio estatal (PACHUKANIS, 1988, p. 94). Sistemáticamente, o branco da camada dominante conseguia proteger e até melhorar sua posição na estrutura de poder econômica, social e política, estendendo hereditariamente tais privilégios. Em contrapartida o negro tinha de disputar oportunidades residuais com os componentes marginais do sistema, essa competição desleal deixa nítido que o objetivo não era fornecer a liberdade ao sujeito escravizado, mas substituir o indivíduo negro pelo branco (FERNANDES, 2008, p. 42).

Branquear a população foi apenas um dos passos no processo de marginalização do negro da sociedade brasileira. A exclusão territorial, o apagamento e silenciamento da identidade cultural, o epistemicídio, e outras tantas formas de violência direcionadas, tornaram-se condicionantes na vivência da população negra e constituem um processo que desencadeia o genocídio negro. Além disso, as formas de opressões foram se aprimorando e se estabelecendo com uma força impessoal, o uso da violência na reprodução econômica da sociedade é substituído pelo trabalho assalariado, cujo fundamento é o contrato (ALMEIDA, 2018, p. 107). Como nunca houve uma verdadeira intenção de incluir esses sujeitos que por ora foram escravizados, as relações contratuais não foram pensadas

para se enquadrarem na realidade do recém liberto, como bem diz Florestan Fernandes:

[...] o negro e o mulato pretendiam as mesmas condições de vida e tratamento concedidas aos imigrantes, porém se obstinavam em repudiar certas tarefas ou, o que era mais grave, o modo de dispor de seu tempo e energias. Assim, a escravidão atingia o seu antigo agente de trabalho no próprio âmbito de sua capacidade de se ajustar à ordem social associada ao trabalho livre. Tornava-se difícil ou impossível, para o negro e o mulato, dissociar o contrato de trabalho de transações que envolviam, diretamente, a pessoa humana (FERNANDES, 2008, p. 46).

Visto que ao passo dessa desumanização compulsória empregada aos afrodescendentes, a população branca já aqui estabelecida ou em processo de chegada, digerida, desde logo, a lógica incutida no processo de reestruturação social projetado ao país. É dentro dessa conjuntura que se pode aferir que essa instrumentalização racista compõe todas as fases do projeto de formação da identidade nacional, já que o conjunto dessas políticas de Estados desenvolveram em paralelo o genocídio da população negra. É justamente esse processo de branqueamento que retrata um fenômeno de puro e simples genocídio em que o Estado, através da política imigratória, concebeu estratégias de erradicação dos corpos negros para efetivar a higienização social e a eugenia (NASCIMENTO, 1978, p. 69).

Por conseguinte, o Direito, como uma das forças estatais, aparece como mecanismo de sustentação do privilégio econômico que faz parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política e ideológica habilitado a negar ao negro a capacidade de autodeterminação e naturalizar a discriminação no imaginário social (ALMEIDA, 2018, p. 107). O caráter jurídico imposto aos sujeitos negros só alcança sua plenitude no exercício da troca, ou seja, na circulação do mercado, que advém fruto da apropriação do trabalho de quatro séculos do grupo escravizado. Ou seja, esse mercado é firmado no legado da escravidão, o que, para o branco, é um assunto que não se quer discutir e essa intencional omissão permite não compensar os negros, em razão do

interesse econômico em manter esse público em posição de subalternidade (BENTO, 2002, p. 3).

3. Considerações finais

O Estado capitalista é um modelo ideológico e camuflado que estrutura o corpo jurídico, sendo o Direito o instrumento que solidifica e garante as injustiças desse sistema econômico (MASCARO, 2013, p. 15), é, portanto, um mecanismo de sustentação de privilégios financeiros que fazem parte da mesma estrutura social que reproduz o racismo enquanto prática política, ideológica, excludente e de caráter segregacionista (ALMEIDA, 2018, p. 108).

O ordenamento jurídico, em razão da mercantilização das relações sociais, explora o trabalhador mediante o salário e comércio, sendo o contrato a regulamentação jurídica do acordo mútuo entre os proprietários que formaliza a compra e venda da força de trabalho (PACHUKANIS, 1988, p. 78). No Brasil, o branco nacional que ocupava o status de poder implementou na estrutura social brasileira projetos de discriminação sistemática comprovando, portanto que o racismo é uma conexão estruturada pela legalidade (ALMEIDA, 2018, p. 105).

Contudo, com as relações de trabalho que surgem após o período escravocrata, o negro não aceitou ter sua figura condicionada à exploração e aos subempregos, então quando se deu a abolição da escravatura, o negro se manteve fora dessas relações contratuais porque não aceitava mais as condições inóspitas de labor, visto que o trabalho precário e a baixa remuneração eram características dessa nova forma de abuso (FERNANDES, 2008, p. 46).

Prontamente, em contrapartida a essa recusa, em 1890 o Estado adotou enquanto República suas primeiras leis penais, passando a legislar com o intuito de promover a ordem social, punindo, inclusive, o que se chamava de vadiagem e capoeiragem, ou seja, não compor as novas relações de trabalho definidas tornou-se crime. Entretanto, apesar de não

mencionar taxativamente os negros, quem estava sempre sob a tipicidade do que se considerava crime, eram pessoas de pele preta, fortalecendo o esvaziamento cultural intencionado aos negros mesmo após a abolição da escravatura (SYLVIA, 2019).

Essa negação ao acesso ao emprego e ao trabalho digno dificulta as condições primordiais à reprodução da vida, e sua exclusão é também a primeira forma de negação desse direito básico da cidadania. Nesse diapasão, estar fora das relações trabalhistas, propositalmente, tornou-se o signo da vadiagem, logo, mais uma vez, o Direito foi instrumentalizado em favor da manutenção de estruturas que sempre privilegiou a branquitude, preterindo a negritude (CARNEIRO, 2011, p. 110).

Por conseguinte, ante o exposto, nota-se que a relação entre Direito, Estado e o racismo convergem à mesma linha, cuja existência pode ser vista em relações concretas que são inseparáveis, conforme nos revela a política de branqueamento, a qual deu aval a pauperização dos corpos negros e catalisou o extermínio dessa população (ALMEIDA, 2018, p.105).

Não obstante, os séculos se passaram, mas não houveram políticas de Estado a fim de erradicar o abismo social entre negros e brancos e, ainda hoje, muito do que é fruto das políticas de branqueamento se mantém incólume às geratrizes de tal história. Dito isso, é válido afirmar que é obrigação das elites dominantes direcionar políticas públicas àqueles que foram excluídos do mercado e tiveram a sua condição como sujeitos de direito sabotadas (BENTO, 2002, p. 3).

Essa subalternidade, gerida pela branquitude, ocupa a dominação do poder, pois o racismo é engrenagem para manutenção de privilégios para um grupo racial por meio da opressão e exclusão de outro e, para que isso seja possível, é imprescindível que o negro esteja distante do topo dessa hierarquia. Nesse sentido, a branquitude se refere a um lugar de poder, de vantagem sistêmica nas sociedades estruturadas pela dominação racial. Este lugar é, na maioria das vezes, ocupado por sujeitos considerados brancos. Por conseguinte, infere-se que as políticas de branqueamento desenvolveram o *status* de branquitude, cuja estrutura-

ção silencia a ancestralidade negra dentro do sistema social contemporâneo (SCHUCMAN, 2014).

Referências:

- PACHUKANIS, E. B. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao estudo do Direito**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- NASCIMENTO, Abdias do. **Genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. 5 ed. São Paulo: Globo, 2008.
- AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites - século XIX**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- ALMEIDA, Silvio. **O que é racismo estrutural?**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BENTO, Maria Aparecido Silva; CARONE, Iray. **Psicologia Social do Racismo, Estudos sobre branquitude e branqueamento no Brasil**. Editora Vozes, 2002.
- CARNEIRO, Sueli. **Racismo, Sexismo e Desigualdade no Brasil**. São Paulo: Selo Negro, 2011.
- OLIVEIRA, Maria Sylvia. **Entenda o que é Racismo Estrutural**. <disponível em: <https://www.geledes.org.br/entenda-o-que-e-racismo-estrutural/>>. Acesso em 16/08/2019.
- SCHUCMAN, L. V. **Entre o encardido, o branco e o branquíssimo: branquitude, hierarquia e poder na cidade de São Paulo**. FAPESP, São Paulo, AnnaBlume, 2014.
- PETEAN, Antonio Carlos Lopes. **Reflexões sobre preconceito, identidade e discurso religioso**. Revista Café com Sociologia, 2013. Disponível em <<https://revistacafecomsociologia.com/revista/index.php/revista/article/view/55/pdf>> Acesso 18/06/2019 às 18h25min.

Gênero e sexualidade

Análise do projeto de Lei Gabriela Leite: causas e consequências jurídicas e sociológicas

*Gabriela de Almeida Faria*¹

1. Introdução

É de conhecimento popular que a prostituição seria supostamente a “profissão” mais antiga do mundo. Mas porque isso é dito? Desde quando, especificamente? Hoje, nos moldes atuais de sociedade, a prostituição é vista por muitos como um trabalho, como uma mera profissão.

De acordo com a OIT (organização internacional do trabalho), trabalho decente é aquele que é adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, que é capaz de garantir uma vida digna. Esses valores são consagrados por objetivos estratégicos traçados pela OIT, que dizem a respeito ao respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social², e a prostituição em sua completude, sendo ou não regulamentada como uma forma de trabalho comum, não é capaz de contemplar tais requisitos de forma alguma.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Participou como pesquisadora no grupo de estudos e pesquisa em direito internacional (GEPDI) de forma voluntária. É pesquisadora voluntária pelo Projeto de Iniciação Científica Voluntária (PIVIC) pela DIRPE - UFU. E-mail: gabrielaalmeida799@gmail.com

² Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>

A lei Gabriela Leite³, proposta pelo deputado federal Jean Willys (PSOL) em 2012, visa regulamentar a prostituição como trabalho e também, principalmente, descriminalizar as casas de prostituição, sendo essa proposta claramente uma violação dos direitos humanos, tendo em vista que tais casas de prostituição se apropriam do dinheiro que a prostituta consegue a partir da venda do próprio corpo, ou seja, da violação de seu corpo e exploração sexual. A lei é justificada de forma completamente infundada e com graves incitações a violação dos direitos sexuais e da dignidade das mulheres.

Dessa forma, será feita a análise desse suposto trabalho mais antigo do mundo, analisando suas condições primárias de surgimento, o porquê de sua existência, o que contribui para a sua perpetuação e as consequências dessa prática, em face à lei Gabriela Leite.

2. Causas da prostituição

Para que seja possível analisar a lei Gabriela Leite, é preciso ir além da letra da lei em sua forma pura. Devemos, antes, fazer uma leitura dos porquês de a prostituição ter surgido na história da humanidade, e porque, sendo ela considerada “a profissão mais antiga do mundo”, ainda existe até hoje.

De forma nua e crua, o que é a prostituição? É a venda do corpo humano para fins sexuais, é a exploração que um indivíduo irá exercer sobre o corpo de outro. E há uma grande diferença da mentalidade e de condições sociais daquele que explora para a pessoa explorada. Aquele que compra o corpo do outro, ele acredita poder fazer aquilo, acredita ser superior ao outro a ponto de usar uma pessoa apenas para sua satisfação momentânea. A pessoa explorada, por sua vez, tem também seus motivos para estar lá, e na maioria das vezes, quando falamos da prostituição feminina (que é o foco deste artigo, até mesmo porque a majoritária parte das pessoas prostituídas são mulheres), está nessa situação por

3 Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1012829

falta de opções, principalmente pela falta de opções econômicas. Mas além disso, estão ali por terem sido criadas e tratadas para serem e se sentirem inferiores, se sentirem menos merecedoras de dignidade e de direitos do que os homens, afinal, os homens são criados como seres humanos, e mulheres não, as mulheres são criadas para servir os homens.

Nas palavras de Simone de Beauvoir:

O mundo sempre pertenceu aos machos. Nenhuma das razões que nos propuseram para explicá-lo nos pareceu suficiente. É revendo à luz da filosofia existencial os dados da pré-história e da etnografia que poderemos compreender como a hierarquia dos sexos se estabeleceu. (BEAUVOIR, 1960, v.1, p. 95)

Desta forma, analisando historicamente, em específico na pré-história, quando a sociedade humana dependia essencialmente de fatores naturais, podemos notar que a mulher teria funções diferentes que a dos homens; enquanto os homens estiveram encarregados de trabalhos braçais e de caça, as mulheres estiveram por muito tempo restritas à maternidade e tarefas domésticas. Porém, com o avançar da história, e com a conquista da espécie humana nos diversos setores de tecnologia e de diversas áreas do conhecimento, a separação sexual das tarefas não se mostrariam mais tão necessárias: a subordinação sexual e trabalhista da mulher perante ao homem se justificava quando a biologia era a única ferramenta de sobrevivência para ambos, mas quando os seres humanos se tornam dotados de milhares de ferramentas tecnológicas para a sobrevivência da espécie, a necessidade fisiológica da subordinação das mulheres perante aos homens não é mais justificável.

Porém, a subordinação feminina perante os homens continua existindo, e isso não se explica biologicamente, por mais que até nos dias de hoje se utilizem desse argumento falacioso para oprimir as fêmeas humanas. A subjugação feminina perante os homens ocorre pela perpetuação no imaginário coletivo popular de que as mulheres são, de fato, inferiores aos homens em todos os aspectos, sejam eles intelectuais,

físicos, moralmente. E tudo isso sendo justificado por diversas entidades, tais como a Igreja Católica, a própria ciência, os chefes de família, Governantes entre milhares de outras autoridades que permeiam a história da humanidade.

Pierre Bourdieu, em sua obra “A dominação masculina”, cita que “A força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção”. No mesmo sentido, o próprio nome da principal obra de Simone de Beauvoir, “O segundo sexo”, já nos evidencia que a construção do gênero masculino é feita a partir de princípios de dignidade humana, ou seja, o homem é visto como o neutro, o geral e o principal, e as mulheres são criadas como o segundo gênero, sendo o tempo todo justificado, subjugado.

A construção da visão de mundo androcêntrica e falo-narcísica e sua construção na *psiqué* masculina molda as crianças a partir de uma construção sexual de repressão sexual, porém ao mesmo tempo, é incentivada à criança a possuir um desejo incessante ao sexo oposto, gerando principalmente nos meninos uma vontade de domínio pelas mulheres, mas ao mesmo tempo aversão. Tais sentimentos de aversão juntamente ao desejo, compõem uma contradição que é expressa na sexualidade como poder e submissão. Bourdieu então comenta à luz de teorias Freudianas a construção do social dos corpos de forma sexualizada, que é então trabalhada por Carol J. Adams, em sua obra “A política sexual da Carne”. Adams teoriza sobre uma teoria feminista-vegetariana, e faz um paralelo em como tornamos possível para que se torne aceitável socialmente o consumo de carne de animais: se afasta a responsabilidade do consumidor da violência com o sofrimento da vítima. Não dizemos que iremos comer um boi, ou uma vaca, e sim carne, lombo, filé. Com as mulheres ocorre lógica semelhante; na fala de Adams:

Quando lhes perguntam sobre suasfantasias sexuais, muitos homens falam em “cenas pornográficas de partes soltasdo corpo, sem rosto, impessoais: seios, pernas, vaginas, bundas”. A carne, parao consumidor típico, foi reduzida a exatamente isto: partes do corpo sem rosto,seios, pernas, úberes,

bundas. Frank Perdue brinca com imagens de retalhamento sexual num cartaz que incentiva o consumo de frango: “Você é tarado por peitosou por coxas?”

Ou seja, se fragmenta o corpo feminino tal como se faz com uma coisa, algo a ser consumido. Um outro exemplo da coisificação feminina se demonstra pela famosa gíria de dizer que se irá “comer” uma mulher ao se referir ao ato sexual, caracterizando hierarquia sexual, assim como a famosa fala de mulheres que foram abusadas, que dizem ter se sentido como “um pedaço de carne”. Novamente à luz da leitura de Bourdieu, Pierre pondera em sua obra que existe uma extrema significação antropológica de superioridade masculina perante o feminino, e há então a criação de um imaginário coletivo em que a mulher está presente em um ambiente de mundo que pertence aos homens e está ali exclusivamente para os servir.

A construção do que seria a maternidade compulsória trata bem de explicar tais fenômenos. Na sociedade em que se vive, até hoje a mulher é colocada como responsável pela reprodução e criação de filhos, ainda que lhe seja cassado o direito de autonomia reprodutiva, no desconhecimento do próprio corpo, legislações que proíbem o aborto e formas de violência obstétrica que impossibilitam a mãe de ter um tratamento digno e acompanhamento gestacional adequado. A maternidade compulsória se trata da concepção de que o objetivo único da mulher é ter filhos e estar casada com um homem, e caso que isso não se concretize, a mulher é descartável, e isso acaba por surgir em conta da capacidade reprodutiva da mulher, sendo então a biologia anatômica feminina condição *sine qua non* para que a pessoa sofra de uma opressão vinda da misoginia. Porém, por mais que, para que a maternidade compulsória atinja as mulheres seja necessário a composição anatômica feminina, a construção do que é o papel das mulheres e até mesmo a composição da “essência” feminina é construída socialmente, (a partir do biológico) a fim de estabelecer como se as característica de maternidade, devoção aos cuidados ao outro e o eterno dever de servir aos homens

fosse algo intrínseco ao sexo feminino. Essa concepção de que a mulher deve sempre ser um ser dócil, humilde, didático e que possui um “instinto maternal” serve para justificar a eterna missão de servir ao sexo masculino. E isso tudo tem a ver com a prostituição.

A prostituição, antes de ser um “direito” da mulher prostituída, é uma violação de seus direitos. É argumentado por muitos que a prostituição é a “profissão” mais antiga do mundo, sendo assim estabelecido como se por ser uma prática recorrente e antiga, ela é inevitável, sendo este um argumento falacioso, tendo em vista que a prostituição pode e deve ser evitada. Como já dito anteriormente, o homem é colocado como o ser principal, aquele que é criado como um ser humano autônomo e dotado de dignidade humana e direitos. Infelizmente a mulher não é criada com os mesmos propósitos. Praticamente todas as mulheres já pensaram em algum momento de sua vida em vender seu corpo para a subsistência. Um homem, quando se vê em uma situação de miséria, pobreza e necessidade, não cogita vender o seu corpo para a prostituição. Por que isso acontece? Porque os homens são criados como seres humanos autônomos, e os direitos de seres humanos não são negociáveis, mas os das mulheres sim. As mulheres sempre foram criadas para existir em função do outro, dispostas a abrir mão de seu próprio corpo e alma a fim de servir ao gênero masculino.

Dessa forma, a prostituição é a concretização dessa falta de cuidados e valor aos direitos humanos das mulheres juntamente com a concepção de que a mulher deve existir a fim de sempre servir ao sexo masculino. Utiliza-se do argumento liberal de que se deve ser assegurado o direito de escolha para a mulher prostituída de se prostituir, ignorando que quando uma mulher se prostitui, ela o faz justamente por não possuir nenhuma outra escolha para se sustentar, e muitas vezes sustentar uma família que depende completamente dela. O direito que na verdade está sendo defendido com tal argumento, é o direito dos homens de comprarem o corpo das mulheres. O direito dos homens de violar o corpo feminino a partir de uma coação financeira. E sempre, os direitos dos

homens se sobrepõem aos direitos das mulheres, mostrando-nos que o direito de um homem de abusar do corpo feminino para se satisfazer sexualmente vale mais do que o direito da mulher de ter autonomia sobre o seu corpo, de ter uma vida digna com moradia, comida e de possuir livre escolha para decidir com quem ela vai estabelecer relações sexuais.

O argumento falho de que as mulheres escolheram estar na situação de prostituição vêm seguido da fala de que, se elas escolheram estar na prostituição, elas merecem passar por toda a subordinação e humilhação pela qual passam, merecem ser estupradas, assassinadas, coagidas, drogadas e espancadas. O criminologista britânico Roger Matthews, em sua pesquisa “Prostituição, política e polícia”⁴ demonstra que mulheres em situação de prostituição possuem dezoito vezes mais chances de serem assassinadas do que mulheres que não estão nessa situação. Na pesquisa de 2005 do centro urbano de NY – Behind Closed Doors⁵, se constatou que 46% das mulheres entrevistadas foram forçadas por um cliente a fazer algo que ela não queria fazer, 42% delas foram ameaçadas ou espancadas por estarem na prostituição, 31% já foram roubadas por um cliente, 14% delas sofreram violência policial e 8% delas foram traficadas internacionalmente para serem prostituídas. É muito comum o desenvolvimento de transtornos pós-traumáticos em mulheres prostituídas, e em uma pesquisa realizada por Melissa Farley, em 2004, publicado na *Psychiatric Times*⁶, explicita que cerca de 68% das 854 mulheres prostituídas em clubes de strip, massagem e prostituição sofrem de transtorno pós-traumático ligados à atividade exercida. Neste mesmo estudo, é mostrado que de 85-95% dessas mulheres querem sair desta situação, mas não conseguem por não terem outra opção de sobrevivência, e que 75% delas, em algum momento de suas vidas, já moraram na rua. E discursos como o de “liberdade de escolha” da mulher prostituída legitimam toda

4 Disponível em: <https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2008/feb/29/women.ukcrime>

5 Disponível em: <http://sexworkersproject.org/downloads/BehindClosedDoors.pdf>

6 Disponível em: <https://www.psychiatristimes.com/articles/prostitution-sexual-violence?fbclid=IwARoSgM4KYTXJdEBXCMM3XoabBUJNslJliPnt1D2oRkroKUmBdKipqPKLjI>

esta violência que essas mulheres sofrem, a fim de que os homens possam ter seu direito de comprar mulheres garantido.

Michael J. Sandel, em sua obra “Justiça – o que é fazer a coisa certa” comenta sobre conceitos de utilitarismo, defendidos por autores como John Stuart Mill e Jeremy Bentham, que se baseiam na crença que devemos apoiar políticas que favoreçam a maioria perante a minoria, mesmo que isso venha a significar a perda de direitos individuais da minoria, a fim de atingir o máximo da felicidade humana. Para ilustrar, Sandel escreve: “Bentham criou o conceito de utilidade precisamente para capturar, em uma única escala, a natureza discrepante das coisas com as quais nos importamos, incluindo o valor da vida humana.”, ou seja, Bentham classifica as vontades dos seres humanos em um mesmo patamar: o desejo de uma mulher de não ser prostituída possui o mesmo valor do desejo de um homem a fim de consumir sexo. Ao colocarmos uma mulher prostituída, sofrendo muito, mas diante dela, muitos homens felizes por se satisfazerem sexualmente ao violarem o seu corpo, essa medida é aceitável e incentivada, já que nos conceitos utilitaristas, mais homens felizes em prol de uma mulher sendo violada está tudo bem. E são em argumentos utilitaristas que se baseiam a defesa de que homens devem possuir o direito de comprar mulheres, que há compradores, há demanda para a exploração sexual, e por isso a prostituição deve existir e ser incentivada.

Em contraponto ao utilitarismo, Immanuel Kant faz leituras da moral em face ao utilitarismo, sendo importante lembrar que moralidade e moralismo são coisas distintas. A moralidade se encontra na esfera da inteligência moral. Kant considera que todos os seres humanos são seres racionais, merecedores de respeito e da dignidade humana, que o ser humano é um fim em si mesmo, ou seja, não deve ser usado como um meio a fim de conferir prazer ou quaisquer objetivos a *outrem*.

Nas palavras de Kant:

Somente o homem considerado como pessoa, isto é, como sujeito de uma razão prático-moral eleva-se acima de qualquer preço; pois como tal (homo

noumenon) tem de ser avaliado não meramente como meio para outros fins, nem mesmo para seus próprios fins, mas como fim em si mesmo, isto é, ele possui uma dignidade (um valor interno absoluto), pela qual ele constringe todos os outros seres racionais do mundo a ter respeito por ele e pode medir-se com qualquer outro dessa espécie e avaliado em pé de igualdade.

Tal trecho Kantiano diz a respeito da dignidade humana. Um ato é moral quando ele diz a respeito do que é fazer o que é certo, ou seja, é possível afirmar que tratar a si e o outro como um fim em si mesmo é um ato tanto de moralidade quanto de legalidade. Mas quando um homem compra uma mulher, ele está tratando-a como um bel fim a seu prazer, violando sua dignidade como pessoa. Porém, não faz sentido criminalizar a conduta da mulher ao se prostituir pois ela não possui condições materiais de sobrevivência se não aquilo. Aqui é defendido que não se deve criminalizar a mulher por se prostituir pela situação de vulnerabilidade, mas a ação de violar o corpo do outro deve ser punido. Atualmente na legislação brasileira, vender e comprar sexo não se classifica como crime, mas a compra do sexo deve ser classificada em tipificação penal. Ou seja, atualmente, o ato de comprar o corpo de outra pessoa em situação vulnerável está na *legalidade*, mas não na *moralidade*. O ideal é que essa conduta não esteja nem mesmo na legalidade, já que se trata de um ato de violência, de degradação social, que trata o outro como um meio para a sua satisfação e coloca a mulher em situação de risco de morte, de espancamento, assassinato entre diversas outras formas de abuso.

Subordinar, humilhar e degradar uma parcela da sociedade existe para um fim. Este fim, no caso da subordinação feminina, é para que a classe masculina se mantenha em um *status* de privilégio infundável, ou seja, em detrimento da dignidade humana das mulheres, os homens terão acesso irrestrito ao corpo das mulheres, seja sexualmente, seja no trabalho doméstico, seja no plano religioso e biológico em que se acredita que as mulheres devem prover crias para seus maridos como forma de redenção pelo pecado original. E a prostituição é uma forma de concreti-

zação destes valores que colocam a mulher em um patamar degradante perante o homem.

Oscar Wilde, escritor irlandês, disse certa vez: “Tudo no mundo está relacionado a sexo, exceto o próprio sexo. Sexo é sobre poder.”. A prostituição tudo tem a ver com isso. O poder que o homem exerce sobre a mulher no sexo, a sensação de domínio é o que faz a indústria do sexo funcionar. Por que tudo seria sobre sexo? Sigmund Freud já teorizou acerca disso. O ser humano quer se perpetuar, tem a necessidade iminente de expansão, e a forma mais próxima de conseguir se imortalizar é deixar uma prole, deixar filhos. Memórias póstumas de Brás Cubas nos mostra isso. Por que Brás Cubas era tão obcecado com o famoso Emplasto Brás Cubas? Um remédio que prometia a felicidade e prolongamento da vida; Brás Cubas era obcecado com tal remédio pois sua outra forma de ser imortalizado não foi possível em sua vida: “Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado de nossa miséria.”. A ânsia desenfreada pelo poder move a humanidade, por isso é tão importante falar sobre sistemas de opressão; poder é conseguir definir o comportamento dos outros. Perpetuar um sistema que empurra mulheres para a prostituição, para que elas vivam em um sistema de sub trabalho, em condições insalubres de vida é uma forma de manutenção de poder. Um exemplo da vida insalubre que essas mulheres e meninas sofrem são os bordéis legalizados em Bangladesh⁷, na Holanda e na Alemanha.

Mia Khalifa foi uma atriz pornô que trabalhou no ramo por poucos meses, mas que ficou muito famosa por seu breve trabalho. Recentemente em suas redes sociais, Mia declarou:

“Doing porn wasn’t a conscious decision I woke up one day and decided would be fun. It was systematic conditioning to make me feel like I wasn’t worthy unless a man desired me that ultimately pushed me to do it.”

⁷ Disponível em: <https://medium.com/qg-feminista/fotos-perturbadoras-revelam-a-vida-dentro-de-um-bordel-legalizado-em-bangladesh-9c252a6f51e0>

A pornografia e a prostituição andam de mãos dadas. Toda pornografia envolve a prostituição, mas a pornografia tem suas peculiaridades, mas a violência intrínseca dessa prática não deixa de existir. Mia Khalifa, que foi extremamente humilhada por sua breve carreira pornográfica, e será estigmatizada pelo resto de sua vida. Em uma entrevista de aproximadamente uma hora, Mia conta o como ela é definida pela sua sexualidade por todos e em qualquer ambiente, que ela se sente invadida em todos os aspectos de sua vida. Mia revelou que só fez 12.000 dólares com suas produções cinematográficas, pois precisava de dinheiro; Mia é uma imigrante nos EUA, que encontrou na pornografia uma forma de subsistência, e teve de pagar o preço de sobreviver com a sua própria dignidade, com a sua vida. Não podemos continuar a permitir que essa história se repita com outras meninas, e nesse exato momento, milhares de meninas estão vivendo essa realidade, uma realidade de humilhação, estupro, espancamentos, manipulação psicológica, financeiras e até de assassinatos.

4. Análise da lei Gabriela Leite

A lei Gabriela Leite, proposta pelo deputado Jean Wyllys em 2012, em sua essência, procura legalizar as casas de prostituição, permitindo, que esteja na legalidade que o proxeneta fique com 50% do rendimento da mulher prostituída.

O primeiro artigo da proposta lei tem a seguinte redação:

Art. 1º - Considera-se profissional do sexo toda pessoa maior de dezoito anos e absolutamente capaz que voluntariamente presta serviços sexuais mediante remuneração.

§ 1º É juridicamente exigível o pagamento pela prestação de serviços de natureza sexual a quem os contrata.

§ 2º A obrigação de prestação de serviço sexual é pessoal e intransferível.

O artigo primeiro já demonstra, de forma implícita, a consideração de que a prostituição é um trabalho como qualquer outro, ignorando as

condições subalternas que esse ato proporciona para essas mulheres. A classificação da prostituição como “profissional do sexo” institucionaliza a violência sofrido por estas mulheres.

Também considera “profissional do sexo” aquelas pessoas maiores de dezoito anos que prestam voluntariamente serviços sexuais, ou seja, ignora por completo a dura realidade de prostituição infantil que existe no Brasil, sendo mais de 500 mil meninas menores de idades prostituídas⁸ e que por mais que a exploração infantil seja proibida pela lei, seria extremamente facilitada pelos artigos posteriores que legalizam as casa de prostituição, e também ignora a falta de opções que a pessoa prostituída possui para a sobrevivência entrar no exercício da prostituição.

No § 2º da lei, se aponta a obrigação de serviços sexuais. Por mais que o objetivo do parágrafo seja a transformar a prostituição como intransferível, ela acaba por determinar que a mulher prostituída possui uma obrigação de fazer perante ao comprador de sexo, sendo então abarcados pela Parte Especial, Livro I, Das modalidades das obrigações, Capítulo II, do código civil brasileiro – Das Obrigações de fazer, que se tratam dos artigos 247 e 248, compostos na seguinte redação⁹:

Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele executável.

Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

Dessa forma, com a redação da lei, se deixa a pessoa prostituída à obrigação de, em caso de não cumprimento do “serviço sexual”, indenizar o seu abusador por perdas e danos, sendo que essa recusa de prestação do serviço ocorre, na maioria das vezes, por decorrência de violências cometidas pelo cliente perante à pessoa prostituída.

8 Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=yIvDq8o8_wC&pg=PA137&lpg=PA137&dq=cbia+500+mil+meninas+prostituidas&source=bl&ots=GJh5yHzkxh&sig=ACFu3UoRmaYGpduo_P_rurYtspLha9pbjA&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewiYoID_hYriAhUDHLkGHWiaA74Q6AEwAXoECAkQAQ#v=onepage&q&f=false

9 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm

O artigo segundo da lei confere um grande retrocesso e violação da dignidade da pessoa humana, possuindo a seguinte redação:

Art. 2º - É vedada a prática de exploração sexual.

Parágrafo único: São espécies de exploração sexual, além de outras estipuladas em legislação específica:

- I- apropriação total ou maior que 50% do rendimento de prestação de serviço sexual por terceiro;
- II- o não pagamento pelo serviço sexual contratado;
- III- forçar alguém a praticar prostituição mediante grave ameaça ou violência.

Por ser uma legislação que busca a regulamentação da prática de prostituição como um trabalho formal - vale lembrar que se prostituir no Brasil não é crime, e se é permitido por lei orgânica municipal se declarar profissional autônomo a fim de gozar de direitos trabalhistas -, e considera vedada a prática de exploração sexual, a legislação proposta não reconhece a prostituição como um ato de exploração por si só, ignorando então por completo a socialização feminina, a violência estrutural que essas mulheres sofrem ao serem levadas à prostituição e quando estão nela. Não há separação de exploração sexual e prostituição, a prostituição já é a própria exploração sexual em si.

No inciso primeiro de seu parágrafo único, se explicita a possibilidade da apropriação de até 50% do rendimento da prostituição por outrem. Na justificativa da legislação, é dito que *“O escopo da presente propositura não é estimular o crescimento de profissionais do sexo. Muito pelo contrário, aqui se pretende a redução dos riscos danosos de tal atividade.”*, e também declara se espelhar em legislações nórdicas a exemplo da germânica, que na realidade se mostrou um desastre, e ao se analisar as consequências de países que adotaram políticas semelhantes de legalização da prática de proxenetagem, a violência estigmatizada e o abuso sexual aumentaram significativamente, a exemplo de países como a Alemanha e Holanda.

Janice Raymond, em seu livro *“Not a choice, not a job”*, analisa:

The Transcrime report also noted that prostitution in Germany takes place almost exclusively indoors, with 96.3 percent exploited in bars, brothels, private services, and by escort services that go to private homes and hotel rooms. The report states, “The indoor market seems to be a little more violent than the outdoor one.” Austria and Germany have legalized prostitution; Spain has decriminalized aspects of the sex industry. The prevalence of violence against women in both systems refutes the claim of sex work advocates that legal off-street prostitution venues are safer.

Ou seja, ao se constatar no exemplo que Janice Raynold, 96.3% das violências acerca da prostituição ocorridas na Alemanha aconteceram fora da rua, ou seja, em bares, hotéis e bordéis; e a lei Gabriela Leite, em seu artigo terceiro determina a legalização de bordéis, em seu inciso segundo:

Art. 3º - A/O profissional do sexo pode prestar serviços:

I - como trabalhador/a autônomo/a;

II - coletivamente em cooperativa.

Parágrafo único. A casa de prostituição é permitida desde que nela não se exerce qualquer tipo de exploração sexual

Novamente, a lei desconsidera que a prostituição em si é um ato de exploração sexual e pilhagem do abuso do corpo de outrem, dessa vez explicitada no parágrafo único do artigo terceiro, se direcionando contrariamente às definições de trabalho decente da OIT, que buscam o estabelecimento de emprego de qualidade e do respeito dos direitos fundamentais de trabalho.

Raynold também analisa sobre o tráfico internacional de pessoas nos bordéis legalizados em países europeus, revelando que a maioria das mulheres que são prostituídas, estão o fazendo contra a sua vontade:

The National Police Service report specifies that the percentage of women “working against their will” in the window brothels of all three cities investigated is 50–90 percent. “Based on the most conservative estimate of 50 percent, this amounts to 4,000 victims of human trafficking per year in Ams-

terdam alone.”La Strada, the pro-sex work organization, which collects data on victims of trafficking who seek assistance and shelter, reported that the number of registered victims in 2011 was 23 percent more than in 2010 (from 993 to 1,222).

Podemos então concluir que a justificativa de Jean Wyllys em defender a regulamentação das casas de prostituição é infundada: se alega que seria uma política de redução de danos, porém, em comparação com o país em que Wyllys justifica que há uma política parecida, na Alemanha, em 13 anos ocorreram 69 assassinatos de mulheres prostituídas, 28 tentativas de assassinatos e dois desaparecimentos¹⁰, e na Holanda, que possui o mesmo modelo legal quanto à prostituição, ocorreram 127 assassinatos em 30 anos¹¹, e em países que possuem o modelo nórdico, que se trata da criminalização do comprador do sexo e apoio jurídico, social e psicológico das prostituídas (que se é defendido neste artigo), como a Suécia, houve apenas 1 assassinato, e foi concretizado pelo marido da vítima, não por um cliente¹².

Em um ato de extremo retrocesso, a lei também procura modificar a legislação de 1940 do código penal de uma forma que faz que as mulheres prostituídas percam diversos direitos e proteção jurídica. No artigo 228 do CP, a lei proposta retira a ilicitude de coagir ou incitar alguém a se prostituir e classifica que prostituição não é exploração sexual, já que a legislação anterior a define como exploração.

No artigo 229, o autor da lei explicita que não seria crime a manutenção de casas de prostituição, mas sim da manutenção de casas de prostituição em que se há exploração sexual, sem que haja especificação legal de quais atos então se enquadrariam como exploração sexual, caracterizando-se então uma norma em branco, assim como no artigo 230,

10 Disponível em: <https://ressourcesprostitution.wordpress.com/2015/08/14/numbers-dont-lie-amnesty-international-promotes-the-killing-of-women/> e também em <https://www.sexindustry-kills.de/doku.php?id=prostitutionmurders:start>

11 Disponível em: https://www.dutchnews.nl/news/2013/05/cold_case_team_identities_poss/

12 Disponível em: <https://www.feministcurrent.com/2015/11/03/remembering-the-murdered-women-erased-by-the-pro-sex-work-agenda/>

em que apenas se tira a ilicitude de tirar proveito da prostituição, ocorrendo o mesmo no artigo 230 e 230-A.

Porém é também importante ressaltar que, em 2016 o artigo 231 e 231-A foram revogados pela Lei de nº 13.344, de 2016, sancionadas pelo ex-Presidente Michel Temer, sendo que assim, atualmente, só há previsão de ilicitude para o tráfico de pessoas pelo artigo 149-A, inciso V do código penal, deixando assim de existir legislação específica para tráfico nacional e internacional de pessoas com finalidade de lucrar sobre a exploração sexual alheia de forma detalhada e específica. A legislação anterior previa com assertividade e ampla proteção às vítimas de tráfico nacional e internacional de pessoas com tipificação penal detalhada, e no presente momento, a tipificação se mostra como uma norma incompleta, que não dá proteção às vítimas e se caracteriza então como uma norma em branco, sendo necessária a especificação exterior à norma do o que seria exploração sexual.

Janice Raymond comenta acerca do absurdo que é considerar apenas a prostituição forçada como exploração sexual:

If only forced prostitution is acknowledged as violence against women, it puts the burden on abused women to prove they have been forced. This is a burden almost insurmountable for women in prostitution who have few resources and little ability to fight this legal battle in the criminal justice system against the far greater resources of the pimps and traffickers.

Dessa forma, se transfere todo o ônus de provar que a mulher foi violada para a própria vítima. Wyllys, na justificativa de projeto, declara que exploração sexual se configura da seguinte forma: “(1) pela apropriação total ou maior que 50% do rendimento da atividade sexual por terceiro(s); (2) pelo não pagamento do serviço sexual prestado voluntariamente; ou (3) por forçar alguém a se prostituir mediante grave ameaça ou violência.”. Diante disso, é possível perceber que Wyllys não consideraria exploração sexual uma apropriação de por exemplo, 40% do rendimento da venda do corpo da mulher prostituída, mas quando há apropriação de 51%, há exploração sexual. Dessa forma, é possível perce-

ber que há uma monetização do o que é exploração sexual, coisificando o corpo da mulher.

Por fim, o artigo 5º determina:

Art. 5º. O Profissional do sexo terá direito a aposentadoria especial de 25 anos, nos termos do artigo 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991.

É indiscutível que direitos sociais como o da previdência social são necessários para a concretização da dignidade da pessoa humana, e como as mulheres prostituídas não possuem acesso a este direito, suas liberdades e direitos não são concretizados de forma completa. Porém, devemos analisar que a prostituição em si é intrinsecamente violenta. Como já citado anteriormente, mulheres na prostituição possuem 18 vezes mais chances de serem assassinadas em comparação às outras mulheres, o ato de comprar o corpo da mulher representa sexo não consentido, pois se não fosse pelo pagamento, aquele sexo não é desejado, representando assim violência explícita, além dos dados aqui apresentados de estupro, roubo, assassinato e violência contra essas mulheres. Ao regularizar a prostituição, essas violências intrínsecas à prostituição estarão sendo institucionalizadas, e a violência sexual é tratada como um “risco ocupacional” trabalhista, e não como a violência que ela realmente é.

É interessante analisar a expectativa de vida das mulheres que trabalham no ramo da venda de sexo diante desse artigo. Por estarem subjugadas a uma situação de vida expostas às drogas, sendo mortas, estupradas e espancadas por clientes, expostas diariamente à DST's, muitas não chegam em idades avançadas. Sendo necessário 18 anos para começar a trabalhar e mínimo de 25 anos de contribuição, a mulher se aposentaria com 43, e muitas não chegam nessa idade; e quando chegam, chegam com sequelas físicas e principalmente psicológicas, como já apontadas anteriormente.

A garantia da aposentadoria em específico, não é algo negativo. Mas o que seria necessário para a mulher atingir essa aposentadoria (que seria o enquadramento da prostituição como um trabalho como outro

qualquer) apresenta graves danos à dignidade da pessoa humana, riscos estes que são concretizados pela prostituição, sendo ela legalizada ou não.

É também necessário lembrar que a maioria das mulheres na prostituição, mesmo em situações jurídicas em que se regularizam a prostituição por completo, tais como a Holanda e Alemanha, optam por não se registrarem. Raynold comenta acerca de tal fato:

Even in the Netherlands few women are legally registered because they want no record made of their prostitution. Interviews with women prostituted in the Dutch-licensed sector reveal that the most important aspect of their “work” is anonymity, and they rank it even higher than a regular income or salary. The same reluctance to register or join unions is prevalent among women in prostitution in Germany.

Ou seja, o dinheiro imediato, caráter de anonimidade atrai muitas mulheres para a prostituição. Muitas dessas mulheres se prostituem para ajudar a família com a renda proveniente da prostituição, e revelar a prática desta para seus familiares resultaria em irreversíveis danos psicológicos para essas mulheres, e assim, mesmo com a legalização, grande parte das mulheres ainda estaria na clandestinidade. Dessa forma, é necessária que haja luta para que a prostituição não seja uma alternativa para essas mulheres. A alternativa que elas devem possuir devem girar em torno de trabalhos comuns já regularizados, tendo em vista a insalubridade e marginalidade que a prostituição possui de forma intrínseca.

5. Consequências jurídicas e sociológicas da lei

A OIT considera que, para que um trabalho seja considerado decente, ele deve ser adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, que é capaz de garantir uma vida digna. Essa categoria de trabalho decente deve sempre estar subordinado ao respeito ao respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do

diálogo social. No que diz a respeito às normas internacionais do trabalho, em especial aos princípios e direitos fundamentais do trabalho, devemos então lembrar esses direitos fundamentais do trabalho consagrados pela OIT¹³, que giram em torno da liberdade e direito da negociação efetiva, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. É necessário analisar que, no presente projeto de lei, há a legalização da prática proxeneta, deixando as pessoas prostituídas à mercê daquele que as exploram sexualmente: é inviável a fiscalização de casas de prostituição, e como já citado aqui, 96,3% dos casos de violência sexual na prostituição na Alemanha, país citado pelo autor do projeto de lei como modelo de legislação ao “trabalho sexual”, ocorre no interior de bordéis, deixando essas pessoas completamente vulneráveis e suscetíveis à violência que a lei supostamente luta contra. Pela ineficácia da fiscalização das práticas de exploração sexual e infantil no interior de bordéis e a legalização da exploração sexual por outrem, há a efetiva diminuição da proteção social das mulheres prostituídas, visto os altos índices de violência contra a mulher prostituída.

Não há de se falar em fortalecimento do diálogo social tampouco emprego de qualidade ao se permitir a exploração de até 50% do rendimento dos lucros de uma mulher ao se vender o próprio corpo. Essas mulheres precisam de legislações que forneçam proteção social ampla, jurídica, de saúde e qualificação profissional para que elas possam se libertar dessa forma de exploração sexual, tal como a legislação sueca exerce, também conhecida como modelo nórdico de tratamento à prostituição.

Tratando-se de um trabalho que possui violência e exploração sexual intrínseca e com a absoluta ineficácia da fiscalização para a diminuição do trabalho forçado e do trabalho infantil, crescente em países com legis-

13 Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf

lação semelhante à proposta pela lei¹⁴, é visto que a lei proposta, ao contrário de ser justificada com o argumento utilitarista de redução de danos, ela permite a extensão da violência quanto às mulheres prostituídas. Nas palavras de Raynold:

Abolitionists not only have to challenge the sex industry, but they also find themselves having to do battle with human rights organizations infected by pro-prostitution myths and mythmakers. Many human rights advocates, intentionally or not, lend support to the sex industry by supporting its goal to normalize prostitution as work.

Assim, aqueles que lutam contra a exploração sexual das mulheres prostituídas têm de lutar contra também as reivindicações de pessoas que, em nome dos direitos humanos, propõem justamente legislações que atacam os direitos humanos das mulheres prostituídas. Essa é, infelizmente uma consequência tanto jurídica quanto sociológica. A sugestão da retirada da classificação da prostituição como exploração sexual deixa as mulheres que estão na prostituição com cada mais vez mais vulnerabilidade social, a legislação deixa então de abarcar os direitos dessas mulheres, tal como ocorreu com a revogação dos artigos 231, 231-A e 232 do código penal, que tratava de forma ampla o tráfico de pessoas com fim de exploração sexual e se converteu em apenas a tipificação no artigo 149-A inciso V, sancionado pelo ex-presidente Michel Temer.

A revogação das tipificações penais que tratavam sobre tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual e tráfico interno de pessoas para fim de exploração sexual foi substituído apenas pelo artigo 149-A, perdendo-se de forma escancarada toda a tipificação detalhada e específica de punibilidade ao tráfico interno e internacional.

A falta de apoio à essas mulheres e de projetos para que as ampare e ofereça cuidado e oportunidades efetivas para que essas mulheres possam sair da prostituição é também uma consequência tanto sociológica

14 Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/alemanha-tenta-lidar-com-prostitui%C3%A7%C3%A3o-infantil-crescente/a-17001196>

quanto jurídica. Considerar que implantar uma legislação nos moldes do projeto de lei aqui trabalhado é um avanço na proteção das pessoas prostituídas é fechar os olhos para a real condição dessas pessoas. Nos ditares populares, seria como dizer que é “tapar o sol com uma peneira”, ou seja, é simplesmente fingir que é uma solução em prol das mulheres, quando na verdade, é uma solução para ajudar os proxenetas e o direito dos homens de explorarem sexualmente as mulheres.

Outra consequência que podemos perceber na possível implantação desta forma de legislação, é a responsabilização da mulher prostituída pelas violências que elas sofrem, como já comentado anteriormente, há uma concepção no imaginário social de que, se a mulher “escolhe” estar na prostituição, é porque ela merece sofrer tudo aquilo que acontece com ela nessa posição de exploração sexual, e, com a regulamentação da prostituição, essa responsabilização se mostraria ainda mais acentuada, deixando estas mulheres cada vez mais à mercê de drogas, álcool e dependência de narcóticos para que possam aguentar o quão doloroso e traumático é o exercício da prostituição.

6. Considerações finais

É possível então concluir que o projeto de lei que aqui se é analisado é uma grave afronta à dignidade da pessoa humana, sendo uma legislação travestida de luta pelo direito das mulheres na prostituição, quando na verdade, representa uma enorme afronta aos direitos dessas mulheres. É necessário também apontar a incoerência de tal projeto de lei, que visa a monetização do conceito de exploração sexual, da exposição de mulheres prostituídas à situações de risco incluindo estupros, assassinatos e violências físicas, além de promover a culpabilização da vítima perante as violências que estas sofrem, sendo apenas classificadas como um mero risco ocupacional, não se levando em conta que, na maioria das vezes em que essas mulheres se encontram na prostituição, elas se en-

contram nessa situação por falta de escolha; se tivessem outras formas de subsistência, não iriam recorrer à prostituição.

É então aqui proposta a forma de tratamento à prostituição no modelo Sueco, que, como já citado anteriormente, zerou o assassinato de mulheres prostituídas no exercício da função. Em 1999, a Suécia então implantou uma legislação que não proíbe a prostituição individual, que criminaliza a prática proxeneta e da implementação e permanência de bordéis e, principalmente, criminaliza a compra de sexo, criando instituições de auxílio social para as mulheres em situação de prostituição, procurando prestar cuidados e serviços de saúde, de consultoria jurídica para essas mulheres e que também que traga cursos profissionalizantes para que essas mulheres possam recorrer à outra forma de subsistência que não a venda do próprio corpo. A justificativa de tal legislação visa a proteção da mulher prostituída em primeiro lugar, provindo o real direito de escolha para essas mulheres. Durante a prática da prostituição, a mulher prostituída se vê sem possibilidade de escolha profissional, e não consegue sair do meio deste meio. As mulheres que foram submetidas ao meio da prostituição são estigmatizadas por toda a sua vida; a sociedade que empurra essas mulheres nessa condição de vida insalubre e a julga por estar na prostituição é a mesma que posteriormente a nega uma real oportunidade de sair desse meio, de construir uma vida dotada de dignidade e qualidade de vida. O modelo sueco permite que essas mulheres possuam de fato a escolha.

Referências

ADAMS, Carol J. **A política sexual da carne**. São Paulo, Alaúde Editorial Ltda, 2018.

ANDRADE, Leandro Feitosa. **Prostituição infanto-juvenil na mídia: estigmatização e ideologia**. São Paulo: EDUC: FAPESP, 2004.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960a.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

DWORKIN, Andrea. **Woman Hating**. New York: Penguin Books USA Inc., 1974.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: Editora Universitária São Francisco, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAYNOLD, Janice. **Not a choice, not a job**: Exposing the myths about prostitution and the global sex trade. Dulles, Virginia, Potomac Books. 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça** - O que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2012.

Sex Workers Project, **Behind Closed Doors: An Analysis of Indoor Sex Work in New York City**. New York: Sex Workers Project at the Urban Justice Center, 2005.

SOUZA, Jéssica Horácio; REICHOW, Jeverson Costa. **O fálico narcisista através da afirmação social de estereótipos masculinos**. In: VOLPI, José Henrique; VOLPI, Sandra Mara. *Psicologia Corporal*. ISSN-1516-0688. Curitiba: Centro Reichiano, 2016.

A segregação de homens bissexuais e homossexuais gerada pelas políticas inconstitucionais de vedação que os impedem de doar sangue

*Ediglê da Silva*¹

1. Objetivo

O trabalho exposto a seguir, teve como objetivo geral fazer uma análise crítica às políticas vedacionistas inconstitucionais que tem como finalidade impedir homens gays bissexuais e homossexuais de doarem sangue por um período de doze meses desde sua última relação sexual. Para tanto, realizou-se análise dos dispositivos que impõem as referidas vedações e os contrapondo com a Constituição Federal vigente afim de expor sua evidente inconstitucionalidade.

2. Metodologia

Ao abordar o assunto presente artigo, foram analisados os regramentos que remetem às vedações legais a homens bissexuais e homossexuais doarem sangue por um período de 12 (doze) meses, após a última relação sexual, e suas respectivas justificativas.

Da mesma forma, foram observados boa parte dos dispositivos constitucionais que garantem a todos os cidadãos a igualdade, asseguram

¹Bacharelado do curso de Direito pela Universidade Regional do Cariri – URCA.

a dignidade da pessoa humana e o direito à saúde, e de que maneira esse impedimento viola estas normas na Constituição Federal de 1988, razões pelas quais foram fundadamente consideradas inconstitucionais.

Foram analisados ainda os dados disponíveis referentes à proporção de indivíduos infectados, com atenção especial ao segmento de homens bissexuais e homossexuais.

Nesse sentido, utilizando-se do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica qualitativa, partindo na Constituição Federal, como parâmetro de Lei Maior, confrontando-a com os regulamentos mencionados, e de menor hierarquia no ordenamento jurídico, resultando, por fim, com embasamento suficiente, que estas normas impeditivas vão na contra-mão da Carta Magna.

3. Discussões

Numa profunda análise dos regramentos que manobram os procedimentos para realização de transfusão sanguínea, confirma-se que são tomados todos os cuidados necessários a fim de garantir a segurança do material doado. No entanto, conforme se passará a expor, a partir de certos procedimentos as abordagens deixam de ter finalidades de garantir a segurança e a saúde e passa agir com discriminação. É nesse sentido que foram abordados os regramentos vigentes que guiam os métodos de transfusão sanguínea, e a partir de qual ponto estes passam ao seu teor inconstitucional.

3.1 A garantia à autoafirmação da liberdade sexual

Ao tratar de ideias que remetam a discriminação quanto à orientação sexual, antes de tudo, é pertinente mencionar ao que remete o Princípio da Igualdade. Está ele disposto e assegurado *nocaput* do artigo 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, o qual passo a transcrever “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”. (BRASIL, 1988)

Coadunando com tal preceito, a doutrina entende que a orientação sexual está diretamente relacionada ao princípio *daliberdade e da dignidade da pessoa humana*, considerando que O princípio da liberdade junto ao princípio da dignidade da pessoa humana atua como instrumentalizador do direito à autodeterminação sexual. Através da dignidade da pessoa humana, inerente a todo indivíduo humano, somados ao direito de livre desenvolvimento de suas potencialidades de personalidade individual, é que o homossexual possuirá o direito de declarar (ou não) sua orientação sexual (FACHIN; FACHIN, 2011). Isto é, todos os indivíduos podem livremente expressar e autodeclarar sua sexualidade, assegurados pela garantia expressa na supracitada lei.

Senão vejamos o entendimento da professora Maria Berenice Dias:

O direito de tratamento igualitário independente da tendência sexual. A sexualidade é um elemento integrante da própria natureza humana e abrange a dignidade humana. Todo ser humano tem o direito de exigir respeito ao livre exercício da sexualidade. Sem liberdade sexual o indivíduo não se realiza, tal como ocorre quando lhe falta qualquer outra das chamadas liberdades ou direitos fundamentais.

É sabido que, de fato, não existe uma tutela expressa que resguarde especificamente os direitos à liberdade de autoafirmação de orientação sexual dos indivíduos, no entanto, como continua a autora Maria Berenice Dias,

O fato de não haver previsão legal não significa inexistência de direito à tutela jurídica. Ausência de lei não quer dizer ausência de direito, nem impede que se extraiam efeitos jurídicos de determinada situação fática. A falta de previsão específica nos regramentos legislativos não pode servir de justificativa para negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito. O silêncio do legislador precisa ser suprido pelo juiz, que cria a lei para o caso que se apresenta a julgamento. Na omis-

são legal, deve o juiz se socorrer da analogia, costumes e princípios gerais de direito. (DIAS, 2007, p.13).

Desta forma, a orientação sexual adotada na esfera de privacidade não admite restrições, o que configura afronta a liberdade fundamental, a que faz jus todo ser humano, no que diz com sua condição de vida. Como todos os segmentos alvo do preconceito e discriminação social, as relações homossexuais se sujeitam à deficiência de normação jurídica, sendo deixados à margem da sociedade e à míngua do Direito.

3.2 A diversidade sexual e discriminação histórica

Quando se fala de sexualidade, é comum aparecerem argumentos falaciosos do tipo: “a sexualidade é privada e diz respeito a cada um”. Este argumento, apesar de ser real, não explica nem justifica as várias situações em que sujeitos são expostos, na sua intimidade, a situações de violência e de constrangimento moral. Esses fatos nos permitem entender que a sexualidade, apesar de ser de foro íntimo, na nossa cultura, é uma questão moral que é usada para qualificar e desqualificar sujeitos e, por isso, rompe com a ideia do privado, tomando-a como um tema político dos mais relevantes.

Embora a diversidade sexual tenha sido um fator que sempre esteve presente nas sociedades, inclusive na brasileira, até o ano de 1990 a homossexualidade era considerada uma patologia pela própria Organização Mundial da Saúde – OMS, a qual era denominada por *homossexualismo*, termo que hoje é tido como ofensivo, pelo motivo de que o sufixo “*ismo*” remete a doença, situação esta que não se enquadra mais à homossexualidade. Essa qualificação de personalidade patológica se dava pelo fato de que as práticas homoafetivas eram tidas como um desvios e transtornos sexuais, pelo simples motivo de não estarem dentro dos padrões heteronormativos da sociedade da época.

No entanto, a retirada da homossexualidade do quadro de patologias, embora tenha representado uma grande vitória a toda essa

comunidade? e os tenham retirado da clandestinidade social, não os tornou imunes a serem vítimas de diversas espécies de discriminação diariamente, sejam na rua, na escola, no trabalho, ou até mesmo, com o advento da internet, na realidade *online*, sobretudo por meio das redes sociais, onde pessoas são diariamente bombardeadas com discursos de ódio, que são palavras que tendem a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que tem a capacidade de instigar violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas (BRUGGER, 2007).

3.3 Os Procedimentos de Transfusão Sanguínea

As regulamentações atuais que manobramos procedimentos para a realização de transfusão sanguínea estão dispostas em normas próprias, a Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016, do Ministério da Saúde e na Resolução Direta de Colegiado – RDC, de nº 34, de 11 de junho de 2014, da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, as quais tratam desde considerações e definições referentes a conceitos básicos de termos abordados nas normas e incluindo todos os requisitos e a metodologia a ser utilizada neste processo.

Dentre as medidas dispostas na lei supramencionada, seu artigo 36 dispõe de algumas precauções a serem tomadas para que manter a segurança do doador, que deverá ser voluntário, *in verbis*:

Art. 36. Com a finalidade de proteger os doadores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, as seguintes medidas e critérios estabelecidos neste regulamento:

I - a frequência anual máxima de doações e o intervalo mínimo entre as doações; [...] VIII - a utilização de medicamentos; IX - as hipóteses de gestação, lactação, abortamento e menstruação; X - o jejum e a alimentação adequada; XI - o consumo de bebidas alcoólicas; XII - os episódios alérgicos; XIII - as ocupações habituais; e XIV - o volume a ser coletado. (BRASIL, 2014)

Ainda, a portaria também toma medidas afim de proteger o maior interessado no procedimento, o receptor do sangue, parte destes critérios estão dispostos no artigo 52 desta lei, qual seja:

Art. 52. Com a finalidade de proteger os receptores, serão adotadas, tanto no momento da seleção de candidatos quanto no momento da doação, a avaliação das seguintes medidas e critérios, de acordo com os parâmetros estabelecidos por este regulamento:

I - aspectos gerais do candidato, que deve ter aspecto saudável à ectoscopia e declarar bem-estar geral; II - temperatura corpórea do candidato, que não deve ser superior a 37°C (trinta e sete graus Celsius); III - condição de imunizações e vacinações do candidato, nos termos do Anexo IV; IV - local da punção venosa em relação à presença de lesões de pele e características que permitam a punção adequada; V - histórico de transfusões recebidas pelo doador, uma vez que os candidatos que tenham recebido transfusões de sangue, componentes sanguíneos ou hemoderivados nos últimos 12 (doze) meses devem ser excluídos da doação; VI - histórico de doenças infecciosas; (BRASIL, 2014)

Tais medidas são essenciais à manutenção do interesse maior almejado pela transfusão que é buscar a garantia da vida ao receptor, além de serem primordiais para a segurança do procedimento. No entanto, ao serem definidos requisitos que tornam certos indivíduos inaptos à realização do procedimento por um determinado período de tempo, 12 (doze) meses, o artigo 64 da Portaria nº 158/ 2016 do Ministério da Saúde, em seu inciso IV, versa sobre homens que tenham praticas homossexuais – HSH, vejamos:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

[...]

IV - homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes; (BRASIL, 2016)

Além da vedação expressa no dispositivo supramencionado, o artigo 25, inciso XXX, alínea da RDC de nº 34/2014 da ANVISA, versa sobre este

mesmo tema reiterando a mencionada inaptidão da Portaria nº158/16 imposta aos HSH

Art. 25

[...]

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

[...]

d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes;(BRASIL, 2016)

Nota-se que estas restrições são evidentemente inconstitucionais, pois, estes parâmetros de exigências ferem o princípio da igualdade, tendo em vista que remete a um grupo específico de pessoas, baseado simplesmente no fato de estas serem quem são, não analisando se seus atos possam, de fato, pôr em risco a segurança de um possível futuro receptor do sangue.

As referidas vedações só reforçam mais uma vez todo histórico de preconceito sofrido pelas pessoas que fazem parte da comunidade LGBT, estereotipando seus hábitos e os caracterizando como promíscuos, ou os considerando como um potencial disseminador das infecções sexualmente transmissíveis - ISTs, discriminações estas que a comunidade vem sofrendo ao longo da história.

3.4 Os insustentáveis argumentos levantados para justificar as vedações

Como foi supra exposto, o inciso IV do artigo 64 da Portaria nº 158 de 2016 versa sobre *“homens que tiveram relações sexuais com homens”*, ou simplesmente denominados pela sigla HSH, e os vedam de realizarem a transfusão sanguínea por um prazo de 12 (doze) meses. Vale ressaltar que essa vedação não se impõe aos homens que tiveram relações sexuais

com mulheres, mesmo que não tenham realizado nenhum método de prevenção de infecções sexualmente transmissíveis – ISTs, nesta relação heterossexual.

As justificativas para tais vedações partem do pressuposto de que esse grupo, intitulado HSH, é caracterizado como grupo de risco, isto é, estão mais propensos a contraírem infecções sexualmente transmissíveis – ISTse, conseqüentemente, virem contaminarem outras pessoas, inclusive por métodos de transfusão sanguínea. Contudo, a Organização Mundial da Saúde – OMS, já pacificou o entendimento de que essa classificação de *grupo de risco* é equivocada e se torna até ofensiva, pois, desta forma, o simples fato de um homem ser homossexual ou bissexual já o tornaria um transmissor em potencial destas infecções.

De fato, este juízo já remonta há alguns anos, desde a década de 1980, para ser mais específico, época quando ocorreu o primeiro grande surto de contaminação de AIDS (*Acquired Immune Deficiency Syndrome* – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) pelo vírus HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), no qual os homossexuais foram suas maiores vítimas, tendo esta sido chamada, inclusive, de doença de gay ou imunodeficiência gay (*Gay-Related Immundeficiency* – GRID) isto porque ainda não se sabiam suas principais causas, forma de transmissão ou até mesmo como controla-la. No entanto, não há entendimento científico que reconheça que a transmissão do vírus é mais propensa nas relações homoafetivas entre homens.

Outra justificativa se apoia na ideia de que a prática de sexo anal torna mais tendente a contaminação através do vírus HIV e contração por outros micro-organismos causadores de outras ISTs, por maior aptidão da região a pequenos sangramentos e, desse modo, ao contato com sangue contaminado. De fato, a prática de sexo anal, torna mais fácil a transmissão do vírus HIV, contudo esta não é uma prática exclusiva de homens bissexuais e homossexuais, inclusive, estudos do *School of Hygiene and Tropical Medicine* (Escola de Higiene e Medicina Tropical de Londres) da *University College London (UCL)* apontaram que uma parcela

substancial dos casais heterossexuais, realizam sexo anal regularmente, o que faz com que estes tenham iguais chances que os HSH têm de contraírem o vírus. Inclusive o mesmo estudo aponta que as práticas sexuais anais entre os heterossexuais são, na maioria das vezes, realizadas sem o uso de preservativos, tendo em vista que a possibilidade de uma gravidez indesejada é descartada, única finalidade dos preservativos para boa parte dos casais heterossexuais.

Ao entenderem que o vírus causador da AIDS, o HIV, poderia ser transmitido por meio destas transfusões hemoterápicas, o controle da transmissão através destes procedimentos se tornou uma das principais preocupações estatais, nas quais foi necessária a adoção de medidas drásticas necessárias à sua gerência. Dentre essas medidas, a proibição absoluta a homens homossexuais serem doadores, além da proibição a outros grupos sociais, como usuários de drogas injetáveis e profissionais do sexo, tendo sido esta proibição efetivada pela primeira vez no Brasil, através da Portaria nº 1.366 de 1993.

Outro fator no qual a vedação se apoia, está baseado naquilo denominado por “janela imunológica” que compreende ao período imediato após o contágio do vírus e que o torna indetectável através de exames laboratoriais. À época da primeira proibição aos homossexuais, em 1993, o este período em correspondia ao período de 6 (seis) a 8 (oito) semanas, entretanto, com os atuais avanços da ciência, este período foi reduzido a 15 (quinze) dias, o que torna insustentável a vedação de homens por um período de 12 (doze) meses após a sua última relação homoafetivas, período este exageradamente superior ao período mínimo de detecção dos vírus, contando que um prazo muito menor, de dois meses, já era suficiente para detectar o vírus HIV e demais agentes causadores de outras ISTs.

É incabível escorar-se na ideia de que os homossexuais são mais propensos a contraírem os vírus fazendo com que o número de contaminados nesta comunidade seja superior aos de heterossexuais, pois boletins epidemiológicos disponibilizados pelo Secretaria de Vigilância

em Saúde do Ministério da Saúde apontam que nos últimos anos, o número de homens heterossexuais infectados é superior ao de homo e bissexuais juntos. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018)

Os dados coletados, referentes ao ano de 2016, ano em que foi proposto a referida ADI, no qual analisa os números de AIDS notificados ao Sistema de Informações de Agravos de Notificações – Sinan, e disponibilizados pelo próprio Ministério da Saúde, constatou que entre casos coletados 48,5% correspondem aos homens heterossexuais infectados, e os casos de homens bissexuais e homossexuais infectados, juntos, somam um total de 47,3%. Cabe salientar que o ano em que os dados mencionados foram coletados são do mesmo ano em que a Portaria nº 158 entrou em vigor, e ainda, no que tange à RDC nº 34 de 2014, neste ano, a diferença entre esses dois grupos é ainda maior, sendo de 45,5 para os indivíduos homo e bissexuais infectados e de 49,9 para os homens infectados que tiveram relações sexuais apenas com mulheres.(MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019)

Os dados mais recentes de pesquisas realizadas pelo Sinan, e disponibilizados pelo próprio Ministério da Saúde, com dados coletados de julho de 2017 a junho de 2018, constataram que entre casos coletados 49% (quarenta nove por cento) correspondem aos homens heterossexuais infectados, e os casos de homens bissexuais e homossexuais infectados, juntos, somam um total de 47,1% (quarenta e sete, vírgula um por cento), dados que deixam claro os HSH sequer são o maior número de infectados. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2018)

Desta forma é errôneo entender que as relações entre os HSH são mais propensas a transmitirem quaisquer IST, tendo em vista que qualquer tipo de relação seja ela hétero ou homoafetiva tem grandes probabilidades de transmitirem os causadores das patologias, desde que feitos de maneira desprotegida.

Não fosse isso, as próprias leis que tratam do assunto, elucidam que todo o sangue coletado passa por um seletivo processo de triagem, em que seja analisada a efetiva qualidade do sangue doado, e, desta forma, a

doação por parte dos HSH não compromete a segurança dos procedimentos hemoterápicos tendo em vista o rigoroso controle de qualidade ao qual é submetido, pois como dispõe o próprio texto da Portaria nº158/2016,

Art. 130. É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação, para detecção de marcadores para as seguintes infecções transmissíveis pelo sangue, cumprindo-se ainda, os algoritmos descritos no Anexo V para cada marcador:

I - sífilis; II - doença de Chagas; III - hepatite B; IV - hepatite C; V - AIDS; e VI - HTLV I/II.

[..]

§ 13. Somente podem ser liberadas as bolsas com resultados não reagentes/negativos tanto para os testes sorológicos quanto para os testes de detecção de ácido nucleico.

§ 14. Deverão ser excluídos como doadores, temporária ou definitivamente, e, se necessário, encaminhados a um serviço de referência, os que apresentarem resultados reagentes.

[...]

§ 16. As bolsas cujas amostras individuais forem positivas ou inconclusivas nos testes NAT ou que tenham resultados discrepantes com os testes sorológicos serão descartadas, e o doador será convocado para repetição dos testes em nova amostra e/ou orientação. (BRASIL, 2016)

Portando a vedação aos HSH antes mesmo de realizarem o procedimento e de que seu sangue passe pelo processo de triagem, fere totalmente o princípio da igualdade, tendo em vista que os outros cidadãos possam realizar o procedimento e terão seu sangue descartado tão somente em caso de ser encontrado algum conteúdo infeccioso.

3.5 A Dicotomia entre as Vedações impostas e os Princípios Constitucionais

Tramita no Supremo Tribunal Federal – STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.543 que versa sobre a vedação disposta no inciso IV do artigo 64 da portaria nº 158/16 e no artigo 25, inciso XXX,

alínea *d* da Resolução Direta de Colegiado – RDC, de nº 34/14 da Agência de Vigilância Sanitária – ANVISA, pois, como já exposto anteriormente, tais vedações tem teor discriminatório e segregador ao se remeter a um grupo específico de cidadãos sem que seja analisado se seus atos possam realmente vir a pôr em risco a vida do receptor.

A ADI foi requerida pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, tem como relator o Ministro Luiz Edson Fachin e propõe a declaração da inconstitucionalidade dos dispostos legais supra descritos. A tese levantada se baseia principalmente no teor discriminatório da vedação, em função da orientação sexual daqueles tidos como inaptos à doação e a violação ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, do direito à igualdade, do princípio da proporcionalidade e da promoção do bem de todos sem discriminação.

Como observado nos dados fartamente expostos anteriormente, nenhuma das justificativas à vedação é razoável se não, tendo como o único fator discriminatório aos homens bissexuais e homossexuais. Encontra-se evidente aviolação ao princípio da igualdade e a predominância da discriminação pela orientação sexual, a partir do pressuposto de que, nos dispositivos legais outrora descritos, o grupo considerado inapto a doar tenha que abster-se totalmente de suas relações sexuais, sejam elas eventuais ou com seu parceiro fixo, por um período de um ano, como se o simples fato de estes indivíduos manterem práticas sexuais homoafetivas por si só já caracterize um obstáculo intransponível à doação.

Em contrapartida aos homens que mantêm práticas sexuais apenas com mulheres, só estarão impedidos de doarem sangue por esse período de 12 meses a partir da última relação, se esta tiver ocorrido de forma desprotegida, ou seja, sem o uso do preservativo, enquanto nos casos dos HSH, o uso do preservativo sequer é considerado, sendo eles julgados apenas pelo fato das pessoas com quem se relacionam. Desta forma, é notório e taxativo o teor discriminatório expresso por estes dispositivos direcionados especificamente aos HSH, considerando simplesmente sua

orientação sexual e deixando de lado suas efetivas práticas e condutas sexuais.

Além disso, a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 4º, inciso IV.

Art. 3º

[..]

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais quer outras formas de discriminação.

(BRASIL, 1988).

No entanto, ao caracterizar determinados indivíduos como inaptos partindo da simples ideia de quem estes indivíduos são e os considerando como um grupo chave à transmissão das ISTs, sem ao menos ser analisadas como são suas condutas sexuais, está violando o dispositivo acima transcrito que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o que apenas reitera sua invalidez perante a nossa Carta Magna.

Como se não bastasse, a Portaria 158/2016 ao propor o impedimento, vai de encontro a um dispositivo nela mesma expressa, evidenciando uma atitude, no mínimo, paradoxal, *verbis*:

Artigo 2º

[...]

§ 3º Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor. (BRASIL, 2016)

Desta forma, pode se analisar uma notória contradição ao mencionar que haverá “isenção de manifestação de juízo de valor, preconceito ou discriminação por orientação sexual”, e logo em seguida postular um dispositivo carregado de hostilidade e caráter segregador, trazendo mais

peso ainda às atitudes discriminatórias que os homossexuais já vem sofrendo ao longo da história.

Cabe mencionar ainda que a nossa Constituição Federal vigente traz ainda em seu artigo 169 que

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

Ao vedar um grupo específico de realizarem o procedimento hemoterápicos, a Portaria e a RDC negam ao possível futuro receptor o seu direito a saúde, senão seu direito à vida, pois enquanto um homossexual que tenha um sangue saudável estará sendo considerado inapto a salvar esta vida apoiado no simples fato discriminatório de serem quem são e não seus comportamentos sexuais, centenas de vidas estão sendo abreviadas pela falta desse sangue.

Note-se que, estigmatizar pessoas, em vez de avaliar comportamentos, não apenas compromete a dignidade daqueles que foram alvos do preconceito, como ainda demonstram ser falhos no alcance da segurança. Percebe-se que tal discriminação não se baseia na segurança, mas em ideias preconceituosas.

Atualmente, no Brasil, o percentual de cidadãos que doam sangue varia entre 2% (dois por cento) e 2,5% (dois, vírgula cinco por cento), sendo que o último dado levantado aponta a faixa de 16% (dezesesseis por cento) dos brasileiros são doadores de sangue enquanto a recomendação da OMS é que este valor seja de no mínimo 5% (cinco por cento), e os dados que o Brasil demonstra expressa a total escassez nos bancos de sangue do país. Em função destes dispositivos taxativos que vedam os HSH de doarem sangue, quase de 19 (dezenove) milhões de litros de sangue deixam de ser doados por ano, tudo isso embasados em critérios discriminatórios que chaga até a ceifar vidas. Se tal restrição não fosse

vigente, talvez o Brasil pudesse pelo menos se aproximar do mínimo recomendado pela OMS para a coleta.

Ademais, tais atos tolheriam o homossexual da prática de um ato solidário por excelência, intrinsecamente ligado ao exercício da cidadania e da fraternidade, mediante procedimento de estigmatização social, que não se coaduna com a igual consideração e respeito com que todos merecem ser tratados.

Cabe salientar que o processo referente à mencionada ADI se encontra suspenso, devido ao Ministro do STF ter pedido vista aos autos. No entanto o relator da ação já deu seu posicionamento julgando parcialmente os pedidos postulados pelo PSB, considerando que os dispositivos da leis fartamente descritos anteriormente são inconstitucionais, sustentando que eles violam os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

4. Considerações finais

Em uma breve análise de tudo o que foi exposto e apresentado acima, facilmente se percebe que de todas as fundamentações levantadas afim de tentar justificar a necessidade da vedação não se sustentam tomando como parâmetros os maiores pilares constitucionais do nosso país. O fato de homens terem relações sexuais com outros homens não os tornam a uma exposição mais fácil aos agentes causadores de ISTs, tampouco pela explicação de que a prática realizada por esse grupo seja pela via anal, que de fato torna mais propício à contração do vírus, mas que esta não é prática exclusiva das relações homoafetivas.

Não se pode levantar tampouco a ideia de que os HSH seja grupo de risco, muito menos que estes representam a população mais infectada pelo HIV, até porque não é o fato de um homem ter relações sexuais com outros homens por si só não os inclui em um “grupo de risco”, mas sim seus atos sexuais negligentes, atos estes aos quais indivíduos heterossexuais não estão imunes de praticar. E, ainda, no que se refere a dados de contamina-

ção, já foi evidenciado que o número homem bissexual e heterossexuais juntos não chegam a atingir o número de heterossexuais infectados.

Enquanto a proibição vigora, milhares de litros são desperdiçados diariamente por fatores discriminatórios que impedem os HSH de realizarem os processos hemoterápicos e, por consequência, salvar inúmeras vidas que necessitam desse sangue, tendo em vista ainda a escassez nos bancos de sangue de todo o país e que o percentual de doadores brasileiros regulares é muito inferior àquele recomendado pela OMS, que, caso tal vedação não se fizesse presente em nosso sistema jurídico, o percentual pudesse atingir a recomendação.

Não obstante, mesmo considerando a importância dos métodos de segurança abordado nos procedimentos, o presente trabalho teve como intenção evidenciar a inconstitucionalidade das vedações aos HSH, por ferirem os diversos dispositivos constitucionais, retro mencionados. Portanto, os procedimentos descritos pelas normas que regulamentam os procedimentos hemoterápicos são considerados válidos, exceto o artigo 64, inciso IV da Portaria nº 158/2016 e o artigo 25, inciso XXX, alínea *d*, da RDC, de nº 34 de 2014, da ANVISA.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde – Ministério da Saúde **Boletim Epidemiológico HIV AIDS - 2018**. ISSN: 1517-1159. Ed. PO700, Volume 49 nº 53-2018. Semanas epidemiológicas – julho de 2017 a junho de 2018.
- BRASIL. **Portaria nº 158, de 4 de fevereiro de 2016**. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Diário oficial, Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2016.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal: ADI nº 5543**. Distrito Federal, 2016. Requerente: Partido Socialista Brasileiro – PSB. Intimado: Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em

BOUER, Jairo. **Jovens vêm variando mais nas práticas sexuais.** Revista Época. Disponível em <https://epoca.globo.com/saude/jairo-bouer/noticia/2017/12/jovens-vem-variando-mais-nas-praticas-sexuais.html>. Acesso em: 28 de mar. 2019.

BRUGGER, Winfried. **Proibição ou proteção do discurso de ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano.** Revista de Direito Público, Brasília, v. 15, n. 117, jan.-mar. 2007.

CAMBI, Eduardo. **Direito Civil Constitucional.** Revista de Direito Privado. Vol. 61/2015, p. 13-35, jan.-mar. 2015.

CARBONARI, Pamela. **Brasil desperdiça 18 milhões de litros de sangue ao ano por preconceito.** Revista Superinteressante. Disponível em <https://super.abril.com.br/saude/brasil-desperdiça-18-milhoes-de-litros-de-sangue-ao-ano-por-preconceito>. Acesso em: 27 mai. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Liberdade de orientação sexual na sociedade atual.** In. I Fórum SEMIRA pela Igualdade, promovido pela Secretaria de Estado de Políticas para Mulheres e Promoção da Igualdade Racial – SEMIRA, em 5.12.2007, em Goiânia – GO.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Giradi. **A proteção dos direitos humanos e a vedação à discriminação por orientação sexual.** In DIAS, Maria Berenice (coordenadora). Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.116-127.

MANUAL TÉCNICO PARA O DIAGNÓSTICO DA INFECÇÃO PELO HIV. Brasília: Ministério da Saúde Secretaria de Vigilância em Saúde Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, -2013.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. **O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.** São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107.

NARDI, Henrique; SILVEIRA, Raquel; MACHADO, Paula. **Diversidade Sexual, Relações de Gênero e Políticas Públicas.** – Porto Alegre: Sulina, 2013.

RIOS, Roger Raupp. **Direitos Fundamentais e Orientação Sexual: o Direito Brasileiro e a Homossexualidade.** Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília. dez. 1998. n° 6.

Movimento estudantil e desigualdade de gênero: uma análise sobre o feminino dentro da Universidade Estadual de Londrina

*Thaisa Lopes Ferreira*¹

1. Introdução

Ao se falar sobre a participação de mulheres dentro de movimentos que lutam por minorias, ainda se percebe discursos que são tão permeados de misoginia, que parece que se quer a todo o momento reduzir a participação das mulheres em movimentos de luta. Embora o silêncio da História tenha sido por muito tempo latente, o que se percebe que a mulher é um ente sempre presente em lutas por igualdade e espaço de representatividade. E isso não se trata de um fato atual, mas sim de anos de lutas, que agora os historiadores tem se ocupado em trazer a tona.

Não é por acaso que revolução é um substantivo feminino. A cada manifestação, a cada protesto, a cada ato, a cada ocupação é notável que a grande maioria dos envolvidos seja mulheres. Tanto é que, dentro do movimento estudantil, por exemplo, fica clara que a maior parte do movimento conta com mulheres.

No entanto, o que torna intrigante esta situação é que apesar de maior número, os espaços de fala e o protagonismo ainda são ocupados por entes masculinos. Ou seja, até num espaço que deveria primar pela

¹ Especialista em Patrimônio e História, licenciada em História e graduanda de Direito pela Universidade Estadual de Londrina.

igualdade de gênero, se reproduzem as mesmas violências diárias em que as mulheres estão expostas.

Os espaços de luta se tornam muitas vezes hostis tanto quanto o dia-a-dia que a mulher é submetida. Mesmo dentro do movimento estudantil, percebe-se uma assimetria nas relações de poder entre homens e mulheres, situação essa que se perpetua por todo o espaço público e político.

Diante do exposto, o presente artigo viabiliza apresentar a temática analisando três pontos considerados importantes. Primeiramente a relação entre esfera pública e a mulher, a ideia patriarcal de uma esfera pública e privada dividida por gênero. Em um segundo momento, é preciso voltar o olhar para o movimento estudantil da Universidade Estadual de Londrina a medida que a cada ato, a presença feminina é predominante. Por fim, tentar minimamente apresentar uma análise que nos dê um norte de como superar esses paradigmas.

Não queremos aqui e nem temos a arrogância disso, de apresentar uma solução para todos os problemas que envolvem a desigualdade de gênero. É muita inocência pensar que teremos respostas prontas para situações tão complexas que envolvem as relações humanas. Mas é necessário assim abrir para a reflexão, especialmente quando a esta desigualdade é perpetuada em espaços que deveriam primar pela democracia.

2. O movimento estudantil e a desigualdade de gênero, possível?

Muito embora o imaginário social seja de que a mulher foi relegada a esfera privada, uma vez que sua única função é garantir o cuidado da casa e dos filhos, percebe através de trechos da história, mulheres participando da esfera pública, até mesmo em altos cargos. No entanto, parece que é quase necessário um esforço hercúleo, onde a mulher tem que ter qualidades extraordinárias enquanto aos homens, bastam serem homens para ocupar a esfera pública.

Além do mais, as representações sociais refletem também o senso comum, o que acaba inclusive a influenciar a produção científica acerca do tema, sendo então que ao falar de mulheres, é impossível não ter influência da cultura patriarcal nas representações sociais sobre as mulheres. A produção científica inclusive foi permeada por muito tempo por homens, o que torna a ciência cada vez mais parcial. E não há como se falar em uma análise crítica sobre a esfera pública se não se deixar para trás a estrutura patriarcal que lhe parece inerente (MELO, 2017, p. 173).

[...] pode-se afirmar, ainda hoje, que a ciência moderna continua sendo bastante parcial em sua abordagem epistemológica, calcada numa estrutura cartesiana que exclui a mulher de suas reflexões, e acaba por reproduzir o patriarcado nas representações sociais que emolduram as análises científicas. Portanto, observa-se a urgência de evidenciar que a mulher também se locomove e atua como agente social na construção e transformação histórica. (NOVAES, 2015, p. 52).

Então, temos vários relatos sobre mulheres que participaram de lutas por independência, mulheres que participaram de comícios, que foram perseguidas e presas durante ditaduras, mas ainda, em pleno século XXI, permeia-se a ideia de que a mulher pertence ao privado, ao lar, a família. A “bela, recatada e do lar” é o modelo traçado e qualquer situação fora disso, é visto como algo fora do padrão, sendo inclusive descrita de forma masculinizada.

[...] estudos realizados especialmente a partir de 1980 apresentam uma releitura da participação feminina na história da humanidade, evidenciando que, apesar da opressão e submissão das mulheres, podem ser resgatados inúmeros movimentos de resistência e atuação na esfera pública. Tal perspectiva é evidenciada por pesquisas históricas que resgatam a forte atuação das mulheres em lutas sociais, percebidas como sujeitos históricos capazes de transformarem seu espaço e lutarem por direitos e conquistas sociais. (NOVAES, 2015, p. 52).

Apesar da divisão do espaço público e privado, e da definição de um deveria pertencer ao masculino e o outro ao feminino, a verdade é que

estes espaços relacionam entre si, que na prática, são espaços que se articulam, tornando-se irreal separá-las, muito menos defini-las em gêneros (NOVAES, 2015, p. 55).

A despeito disso, pode-se destacar a força social da mulher através dos relatos que especialmente a partir da década 1980, foram permeando que há participação feminina no âmbito político e nas lutas por direitos. As lutas feministas não se permeavam apenas pelo direito a ser mulher e a ocupar determinados espaços, mas também a se ocupar a História, vez ou outra que ao ignorar as mulheres, traz a falsa sensação de que estas não eram atuantes na esfera também pública.

Portanto, observa-se que quando as relações de gênero são reconstruídas historicamente, explicitam contradições e recuperam a importância dos papéis femininos, na medida em que confrontam a história dominante com a história das mulheres, permitindo novos parâmetros para a análise dos papéis sociais e sexuais. Assim, por mais que o discurso ideológico defina a mulher como passiva e submissa frente às condições vividas, existem ações efetivas de mulheres que rompem com os limites arbitrariamente impostos (NOVAES, 2015, p.60).

Além da ausência dos relatos femininos na História, tem-se que lidar com a forma deturpada que a participação feminina muitas vezes é descrita. A mídia, em grande parte, ainda corrobora com esse tipo de imaginário dicotômico a medida que ao descrever mulheres que estão na esfera pública, muitas vezes em altos cargos, são descritas ora como extremamente duras, frias, masculinizadas, como foi o caso da presidenta Dilma. Ou da expressão cansada da ministra Carmem Lúcia. Estas mulheres são julgadas nos aspectos de suas vidas pessoais, sendo que seu papel dentro da esfera pública é quase que ignorado mesmo elas ocupando os mais altos cargos políticos do país. E muitas vezes suas falhas dentro destes cargos, são levadas de forma leviana, sempre com críticas que denigrem sua imagem pessoal e nunca o papel público representado por elas. Não se vê críticas semelhantes aos homens. Neste trabalho,

ousa-se dizer que se no lugar da presidenta Dilma fosse um homem, jamais teria sofrido o impeachment.

Frisamos tanto na questão da esfera pública, por entender que “a própria disputa na esfera pública (por direitos, por participação política) avançaria em termos emancipatórios junto à efetivação cada vez maior da liberdade e da autonomia em outros domínios das interações sociais”(MELO, 2017, p. 175).

Após esta análise, fica muito claro o que acontece no movimento estudantil dentro da Universidade Estadual de Londrina. A grande maioria que coordenam esses espaços são mulheres. Definem pautas de reuniões, correm atrás de espaços a serem ocupados, socializam e buscam mais pessoas para fomentarem o movimento. Mas quando é para ocupar o espaço central, o local de fala, a esfera pública que representa em si o poder, é um homem que irá falar. E se uma mulher tentar ocupar este espaço será desmotivada, como se aquele espaço não lhe fosse natural.

Em conversas informais com estudantes, percebe-se que muitas vezes, a desmotivação começa pela própria mulher. Não querendo culpabilizar quem é vítima. O que acontece é que mulheres foram a vida toda treinadas por assim dizer a depender do aval masculino para ocupar espaços públicos. Mais do que isso, parece que as pautas femininas precisam muitas vezes passar pelo crivo de um homem. A esfera pública nos pertence à metade.

É diante de toda essa análise que chegamos a conclusão de que o que tornar tão forte ainda a desigualdade de gênero em espaços como o movimento estudantil é a perpetuação da ideia de que uma mulher não deve aparecer em papel de destaque numa esfera pública sozinha e que a esfera pública é algo naturalmente para homens e não mulheres.

E se estamos falando de espaços que tem como bandeira a luta pela democracia, não há como se pensar democracia com ações que vão as avessas da igualdade de gênero.

Pois mesmo que continuássemos com instituições legalmente estáveis e bem avaliadas do ponto de vista da democracia política, não seria possível afirmar

que vivemos de fato em uma sociedade democrática se continuamos convivendo com experiências sociais sexistas ou outros tipos de violação social da autonomia (MELO, 2017, p. 179).

Ainda que diante de tantas dificuldades, em que mulheres ocupam espaços políticos a ponto de serem em alguns momentos até maioria, como tem sido o caso do movimento estudantil dentro da Universidade Estadual de Londrina, mas que tem essa ocupação por assim dizer em muitos momentos tolhidos, não há como se entender conquistas em prol dos interesses das mulheres sem este espaço.

Estudos demonstram que quanto maior a quantidade de mulheres nos espaços de tomada de decisões na política, mais conquistas em favor de agendas de seu interesse elas obtém, do ponto de vista legislativo. Portanto, a incorporação de mais mulheres na política justifica-se pela busca de equidade de gênero e, pelo fato das mulheres, como sujeitos políticos, possuírem capacidade de falar com voz própria, trazendo a tona suas demandas e necessidades. Para Anne Phillips (1996), democratizar os espaços políticos não significa apenas ter mais mulheres na política, “é a oportunidade de transformar o terreno político (LOLATTO; LISBOA, 2017, p. 2)

A análise aqui não perpassa pela ideia de que há um problema na participação majoritária feminina nas manifestações do movimento estudantil da Universidade Estadual de Londrina. Muito menos que a participação de mulheres, tenha sido nula, já que, como anteriormente identificado, a História tem se ocupado em trazer as narrativas de tantas mulheres que participaram dos mais diversos movimentos. O entendimento que este trabalho busca é porque ainda tantas mulheres, em um espaço que permeia pela democracia e automaticamente deveria também se ocupar com a igualdade de gênero, ainda repete falácias do sistema patriarcal.

Mais do que isso, é necessário se pensar em maneiras e estratégias a fim de mitigar estas situações e as mulheres possam transitar livremente por espaços que já são ocupados por elas. Desde sempre. Porém, a “con-

quista a igualdade formal é diferente da igualdade real”(LOLATTO; LISBOA, 2017, p.7).

Nesta perspectiva, trazemos a leitura de Nancy Fraser acerca do tema. A partir do entendimento de que as identidades sociais se constroem através de contextos históricos e que estes mudam, a autora traz uma relação ao conceito de hegemonia para apresentar uma intersecção de poder, desigualdade e discurso. Este conceito permitiria reformular as identidades sociais e os grupos sociais diante da desigualdade.

Fraser entende a problemática feminista dentro de um conceito bidimensional, onde se há duas dimensões em que a mulher precisaria ter emancipação, que é da redistribuição e do reconhecimento. As desigualdades tanto sociais quanto econômicas, impedem que as mulheres possam de fato alcançar paridade de gênero. Uma das principais causas para a injustiça de gênero é o androcentrismo, que privilegia a masculinidade, onde acabam que as mulheres sofrem subordinações das mais variadas naturezas.

Lasmujeressufren, como resultado, formas de subordinación de estatus específicas del género, como el caso sexual, la violación y la violencia doméstica; representaciones estereotipadas trivializadoras, objetivantes y despectivas en los medios de comunicación; menosprecio en la vida cotidiana; exclusión o marginación en esferas públicas y organismos deliberativos; y denegación de los derechos plenos y de protecciones iguales en lo referente a la ciudadanía. Estos daños son injusticias provocadas por la falta de reconocimiento (FRASER, 2015, p.193)

É necessário entender que o gênero é construído em diferenças econômicas e padrões culturais institucionalizadas, onde a falta de distribuição de renda e a falta de reconhecimento criam e estimulam a desigualdade de gênero. O conceito de justiça para Fraser permeia uma concepção bidimensional, onde sem extirpar a falta de distribuição de renda e a falta de reconhecimento, não há como se extirpar a desigualdade de gênero.

Dentro de um movimento estudantil de uma Universidade, como a Universidade Estadual de Londrina, fica muito claro que a falta de reconhecimento é que impede que mesmo em maior número, as mulheres ainda tenham dificuldades de ultrapassar certos limites que repetem em menor escala, algo acontece num âmbito político maior.

A proposta de uma concepção de justiça se pauta em paridade de participação. E isso só será possível através de duas condições, sendo a primeira que a distribuição de recursos materiais deve permitir independência e voz a todos, onde se há má distribuição destes recursos não há possibilidade de todos interagirem como iguais. Numa segunda condição, é necessário que os padrões culturais institucionalizados demonstrem o mesmo respeito por todos os membros da sociedade, onde permitiria que todos alcançassem a mesma igualdade de oportunidades. Não há, para Fraser, uma forma de pensar em paridade de participação sem pensar nessas duas dimensões, da mesma forma como não há como se falar em igualdade de gênero sem a paridade de participação.

Algo importante frisar é que Fraser não entende a ideia de paridade como quantitativo, e sim uma condição qualitativa, em que haja uma condição de ser par, de se integrar dentro de uma situação de igualdade. Isso fica muito claro no caso concreto observado por este trabalho, a medida que não se percebe essa paridade não pelos números, mas pelas formas de interação com a esfera pública.

Para mí, por elcontrario, la exigência de paridade participativa es aplicable a ambas dimensiones de lajusticia social, tanto ladistribución como elreconocimiento. Y assumo que elobstáculoparala paridade puede ser (y a menudo es) una mala distribución además de la falta de reconocimiento. Em el caso de la disparidade de género em lapresentación política, por lotanto, assumo eu no solo hace falta desinstitucionalizarlas jerarquias de valor androcéntricas sino tambiénreestructurarladivisión deltrabajo y eliminar el “doble turno” de lasmujeres que constituye um formidable obstáculo distributivo a su plena participación em la vida política (FRASER, 2015, p. 197).

Por fim, ao se debruçar sobre o tema da desigualdade de gênero dentro do movimento estudantil da Universidade Estadual de Londrina, foi possível se pensar em outros parâmetros do que apenas se ter uma participação feminina numerosa, mas sim de que forma essa participação de fato tem acontecido e se esse espaço, tão importante para construção política do indivíduo, tem sido promissor as mulheres no sentido de se buscar paridade de participação. Mais do que números, é evidente que a questão aqui não é estar ou não presente naquele determinado espaço, mas como tem sido permitido este espaço ser acessado pelas mulheres.

Considerações finais

Diante do exposto, fica muito claro que estamos a passos largos de uma efetiva igualdade de gênero. E com isso, não queremos diminuir as lutas e vitórias alcançadas pelas políticas feministas. A cada passo, um avanço, e o fato de sermos maioria dentro de um movimento estudantil de Universidade com a visibilidade da Universidade Estadual de Londrina, é de longe uma enorme conquista.

Mais do que isso, o espaço do movimento estudantil tem sido cada vez mais conquistado pelas mulheres, e assim o deve ser. Porém, ao se lidar com o fato de que já estão em maior número, é necessário também lidar com o fato de que a maioria das ações que envolvem cargos de visibilidade são realizadas por homens.

Num ambiente, em que o plural, a igualdade, deveriam permear, acaba por reproduzir as facetas de um sistema patriarcal, que divide a esfera pública e privada e homens e mulheres. É irônico pensar que tal situação possa se reproduzir em um ambiente que em seu bojo de ação tem a busca por igualdade, não apenas de gênero.

Acreditamos que desta maneira, os estudos de Nancy Fraser elucidam muito. A partir do momento em que eu não tenho uma divisão de trabalho igualitária, o poder aquisitivo e dentre outros aspectos materiais e se não há uma sociedade que permite enxergar seus membros todos da

mesma forma, não será possível se falar em igualdade de gênero. Não haverá possibilidade de homens e mulheres se equipararem e ocuparem o mesmo espaço com a mesma visibilidade, se não conseguirmos ultrapassar essas dicotomias.

Referências

ARCHENTI, Nélide; ALBAINE, Laura. O Feminismo da política. Paridade e violência política de gênero na América Latina. IN: Participação política feminina na América Latina. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2018.

ARAUJO, Clara; BIROLI, Flávia. Mulheres, mídia e política. IN: Redistribuição, reconhecimento e representação: diálogos sobre igualdade de gênero. Brasília: Ipea, 2011.

FRASER, Nancy. La política feminista em la era delreconocimiento: una aproximación bidimensional a lajusticia de género. IN: Fortunas del feminismo: del capitalismo gestionado pelo Estado a lacrisis neoliberal. Quito: IAEN – Instituto de Altos EstudiosNacionales de Ecuador, 2015.

MELO, Rurion Soares. Dominação de gênero e esfera pública na teoria crítica feminista. Revista Ideação, n. 36, julho/dezembro 2017.

MONTENEGRO, Ana. Mulheres – participação nas lutas populares. Salvador: M&S Gráfica e Editora, 1985.

LOLATTO, Simone; LISBOA, Teresa Kleba. Mulheres nos Espaços de Poder – desconstruindo a esfera pública como território masculino. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11& 13 Women’s Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

NOVAES, Elizabete David. Entre o público e o privado: o papel da mulher nos movimentos sociais e a conquista de direitos no decorrer da História. História e Cultura, Franca, v. 4, n. 3, p. 50-66, dez. 2015.

O Conto da AIA e a violência sexual contra mulher: violação de direitos e o aumento do registro de casos de estupro no Brasil

*Juliana Inês Urnau*¹

1. Introdução

A Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW – Decreto 4.377/2002), da ONU, com o intuito de proteger seus direitos, criou o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, para analisar o progresso dos países no enfrentamento da violação de direitos que dificultam a busca por igualdade plena. Outra instituição criada pela ONU para inibir a violência é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Decreto 1.973/1996), defendendo no art. 3º o “direito a uma vida livre de violência”.

A exigência de medidas por parte dos governos, decorrentes dessas Convenções contribuiu para a implementação da Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, sobre a violência doméstica, também com forte influência da própria Maria da Penha, mulher, que sofreu violência doméstica.

Outros avanços no campo jurídico aconteceram e muitos ainda no campo social. Apesar disso, o registro de casos de estupro aumentou a

¹ Graduanda da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: julianaurnau@gmail.com

partir de 2015, de acordo com dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, e assim há o questionamento de porque isso aconteceu, a partir da relação com a distopia do livro *O Conto da Aia* da Margaret Atwood. Escrito em 1985, ele apresenta uma nova realidade imposta às mulheres na República de Gilead. Há o corte de direitos até uma dominação total, baseada na violência, no medo e na divisão de castas, para impedir a união delas.

O presente trabalho tem como desígnio principal a análise da violência sexual contra a mulher com um enfoque na questão do estupro. Para isso, é objetivando previamente uma análise da violência em geral, para a partir disso estudar a violência sexual, relacionando com o livro *O Conto da Aia* da Margaret Atwood. Após isso, intenta apontar dados sobre o estupro no Brasil e os possíveis motivos para o aumento de casos registrados.

O método de abordagem empregado é o dedutivo, partindo de premissas gerais para uma conclusão específica. Assim primeiro é feito a análise geral da violência contra as mulheres, após a questão específica da violência sexual, relacionando com *O Conto da Aia*, para depois verificar os motivos para o aumento do registro de casos de estupro após 2015. Isso, através da técnica indireta, na pesquisa documental e bibliográfica.

2. A violência contra mulher

Na análise sobre a questão, verificou-se que a definição de violência dada pela Lei Maria da Penha e pela Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher se aproximam, ambas baseiam a violência no gênero, com a causa de morte, sofrimento físico, sexual ou psicológico. Esse descreve no seu artigo 1º como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada” e no seu artigo 2º, que abrange:

a violência física, sexual e psicológica.

a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;

b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e

c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

A Lei Maria da Penha descreve, no artigo 5º descreve a violência e ainda esclarece no artigo 6º que esse tipo de crime é considerado uma afronta aos direitos humanos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

Art. 6º A violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos.

Além disso, o Brasil, como Estado Parte da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, reconheceu a necessidade de proteção dos direitos humanos regionalmente e internacionalmente. Também, que a violência contra mulher é uma violação aos direitos humanos, liberdades fundamentais e a digni-

dade humana, ofensa essa que foi construída historicamente pelas desigualdades entre os gêneros e que afeta e “permeia todos os setores da sociedade, independentemente de classe, raça ou grupo étnico, renda, cultura, idade ou religião, e afeta negativamente suas próprias bases”. Por fim, admite que é necessário erradicar essa violência para melhorar as relações sociais e que a convenção tanto era necessária como positiva para as melhorias objetivadas.

3. O livro o conto da AIA

No livro *O Conto da Aia* a violência contra as mulheres era a consequência da desobediência. As Aias, como a narradora do livro, que possuíam uma necessidade maior para os homens (para a procriação frente às poucas mulheres ainda férteis) sofriam primeiro a violência física e as traidoras, eram mortas ou mandadas para morrer em lugares com um alto índice de radiação.

Quando consideradas promíscuas, sem salvação, uma maneira considerada como alternativa para não ser morta, era se prostituir, em estabelecimentos secretos, para o alto escalão de Comandantes. Ser mulher era ser posse, como já demonstra o nome da narradora Offred (de Fred, seu comandante) e ser posse tira o sentido de humanidade, naturalizando a violência.

Devido a isso que as mulheres do livro são constantemente violadas e possuem sua dignidade posta de lado. Retiram seus direitos aos poucos, primeiro a capacidade, não havendo a possibilidade de trabalhar e de ser a detentora de contas e, portanto, de dinheiro. Depois perdendo a liberdade e o direito sobre o corpo, ainda mais reduzido frente a atualidade.

4. O estupro

Com relação à violência sexual, a Lei Maria da Penha diz, no art. 7º, III que:

A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

Assim, entre essas violências, se destaca o estupro, legislado no CPB/1940 no art. 213 como o ato de "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", sendo a pena de reclusão de 6 a 10 anos.

Necessário considerar que a história brasileira é marcada por muitos estupros. A mulher indígena foi "usada pelos colonizadores" (TELES, 1993, p.17), as mulheres negras, também passaram por isso, sendo "instrumento de prazer sexual do seu senhor, podendo ser alugadas a outros senhores" (TELES, 1993, p. 17, 21). Isso, somado com a legislação brasileira que no Código Penal do Império, só considerava o estupro da mulher honesta, levou ao que é chamado hoje de cultura de estupro.

Há uma naturalização do estupro e do assédio contra a mulher, seus corpos são vistos como públicos, como objetos, fonte de desejo e sexualidades para o prazer masculino, desde a infância (ENGEL, 2017). A mulher, constantemente é colocada como a responsável pela violação (TELES, 1993, p. 134), com argumentos de provocação, vestimenta, e que queria o ato, apesar da negação.

O Atlas da Violência de 2018, ao analisar o assunto, compara os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública - FBSP e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SINAN de 2016. O primeiro órgão registrou 49.497 casos de estupro e o SINAN, 22.918.

Analisando dados do FBSP é possível verificar que de 2014 para 2015 o número de casos registrados diminuiu, mas de 2015 para 2016 teve um au-

mento, assim como de 2016 para 2017, isso levando em conta que é estimado que o número de registros seja de apenas 15% a 10% (IPEA, 2019).

As principais vítimas do crime de estupro são crianças, adolescentes e mulheres adultas, com Ensino Médio Completo, registrando um aumento de estupros coletivos, sendo que 10,3% das vítimas de 2016 possuíam alguma deficiência. Além disso, na maioria dos casos de estupro contra as crianças, o agressor é conhecido e para as pessoas adultas é desconhecido. Por fim, a maioria das vítimas de estupro, em um quadro geral, já havia sido vítima antes (gráficos anexos).

No livro, há possíveis casos de estupros. Na cena da cerimônia, Offred acredita que consentiu com aquilo por aceitar ser a Aia, apesar de que por evidências, não havia muitas opções. Outra cena possível de estupro é a cena em que a narradora vai com o Comandante para uma espécie de casa de prostituição e lá é levada ao quarto por ele, e não pode expressar se quer ou não aquilo, e por isso, não há o consentimento, só o desconforto.

5. Considerações finais

Observa-se, que a questão de violência, baseada no gênero, tem uma construção histórica e social que ainda reflete muito na maneira como o assunto é encarado pela população brasileira em geral e também pelo judiciário. Claramente houve uma evolução, com apoio da ONU, desenvolvimento de pesquisas e com a luta organizada das mulheres.

O Brasil, como membro de convenções e tratados internacionais, teve que agir e admitiu que é algo necessário para a manutenção dos direitos humanos, fundamentais e a dignidade humana. Com a criação da Lei Mari da Penha o país conseguiu evoluir para encarar o assunto, mas não de maneira suficiente, já que houve um aumento do registro de casos a partir de 2016.

Levando em conta o pequeno índice de denúncias de estupro, é possível concluir que ainda há muito para progredir. O aumento do registro

de 2015 para 2017, provavelmente se deve a fatores de maior divulgação, da luta feminina para conscientização e uma facilitação para a mulher conseguir apoio, mas está longe dos resultados serem satisfatórios.

Referências

- ATWOOD, Margaret. **O Conto da Aia**. Trad. de Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848**, 7 dez. 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, UF, 31 de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 jun 2019.
- BRASIL, **Decreto nº 1.973**, de 1º de agosto de 1996. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 02 ago. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.
- BRASIL. **Decreto nº 4.377**, de 13 set. 2002. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 set. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 12 jun. 2019.
- BRASIL. **Lei nº 11.340**, de 7 de agosto de 2006. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 27 jul 2017.
- CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira. (Coords.). Atlas da Violência – 2019. IPEA – **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf>. Acesso em 13 jun. 2019.
- CERQUEIRA, Daniel (Coord.). Atlas da Violência – 2018. IPEA – **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf>. Acesso em 13 jun 2019.
- ENGEL, Cintia Liara. **As atualizações e a persistência da cultura do estupro do Brasil**. Texto para Discussão (IPEA), V.2339, p. 1-36, 2017. Disponível em <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8088/1/td_2339.PDF> Acesso em 13 jun. 2019

FBSP – Fundação Brasileira de Segurança Pública. **Crimes Contra a Dignidade Sexual – tabela.** Disponível em <https://public.tableau.com/profile/fbsp#!/vizhome/dignidade_sexual/Dadosemtabela>. Acesso em 13 jun. 2019.

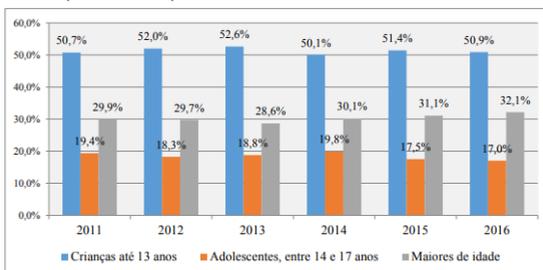
FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 12 ed. São Paulo: **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, 2018. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%BAblica-2018.pdf>>. Acesso em 13 jun. 2019.

TELES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil.** São Paulo: Brasiliense. 1993.

Anexos

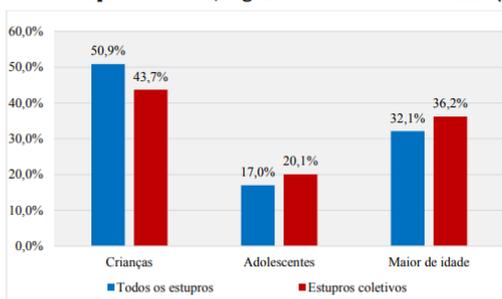
Todos os gráficos foram retirados do Atlas de Violência de 2018.

Gráfico 6.8 – Brasil: distribuição percentual das vítimas de estupro, segundo faixa etária (2011 a 2016)



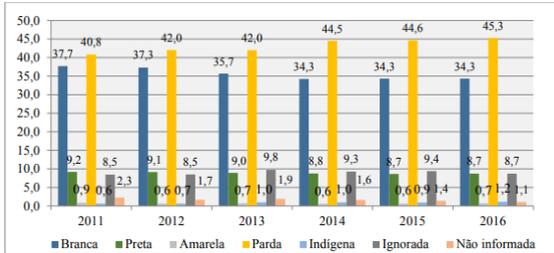
Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Gráfico 6.9 – Brasil: distribuição percentual das vítimas de estupro no total de casos e nos estupros coletivos, segundo fases da vida da vítima (2016)



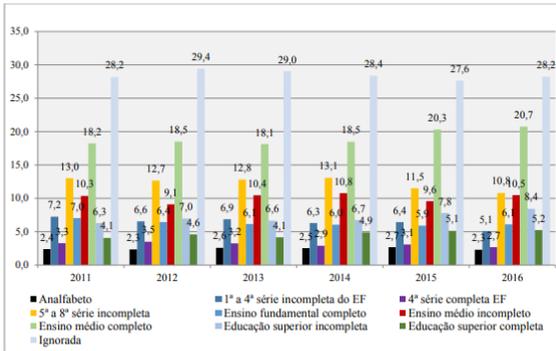
Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Gráfico 6.10 – Brasil: distribuição percentual das vítimas de estupro, segundo raça/cor (2011 a 2016)



Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Gráfico 6.11 – Brasil: distribuição percentual das vítimas de estupro de 18 anos de idade e mais, segundo escolaridade



Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Tabela 6.8 – Brasil: número de vítimas de estupro por tipo de deficiência e repetição do evento (2016)

Tipo de deficiência/transorno /Repetição do Evento	Primeira vez	Outras vezes	Sem informação	Total geral
Deficiência física	62	62	30	154
Deficiência mental	264	275	155	694
Deficiência visual	37	31	4	72
Deficiência auditiva	39	19	18	76
Transorno mental	295	301	133	729
Transorno de comportamento	156	180	66	402
Outro tipo	74	102	42	218
Total de casos contra vítimas deficientes	927	970	448	2.345
Total de casos	10.781	7.951	4.067	22.799

Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Tabela 6.9 – Brasil: vínculo/grau de parentesco do agressor com a vítima de estupro, segundo a faixa etária da vítima (2016)

Vínculo Vítima e agressor	Criança (até 13 anos)	Adolescente (14 a 17 anos)	Adulto (18 anos ou mais)
Desconhecido(a)	9,41%	32,50%	53,52%
Amigos/conhecidos	30,13%	26,09%	18,82%
Cônjuge	1,56%	3,39%	8,20%
Ex-cônjuge	0,27%	0,53%	5,44%
Outros	17,59%	7,58%	4,48%
Ex-namorado(a)	0,93%	2,14%	2,65%
Namorado(a)	7,78%	9,01%	1,66%
Padrasto	12,09%	7,38%	1,23%
Pai	12,03%	6,54%	1,30%
Imão (ã)	3,26%	1,55%	0,72%
Pessoa com relação institucional	1,07%	0,94%	0,63%
Filho(a)	0,26%	0,13%	0,28%
Policial/agente da lei	0,08%	0,10%	0,32%
Cuidador(a)	0,99%	0,28%	0,18%
Patrão/chefe	0,09%	0,20%	0,40%
Mãe	2,48%	1,63%	0,18%

Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. As colunas não somam 100% pois para um mesmo estupro pode haver mais de um agressor. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Tabela 6.10 – Brasil: recorrência do estupro relativa a casos registrados (2016)

Recorrência do estupro relativa a casos registrados em 2016	Geral	Autor:	
		Conhecido	Desconhecido
Já foi vítima anteriormente (n=7914)	42,4	54,9	13,9
Nunca havia sido vítima anteriormente (n=10749)	57,6	45,1	86,1
Total	100,0	100,0	100,0

Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Tabela 6.11 – Brasil: proporção de vítimas de estupro, por condições de conhecimento do agressor, segundo local de ocorrência, suspeita de uso de álcool pelo agressor, número de prováveis autores e meios de agressão (2016)

Varáveis	Geral	Conhecido	Desconhecido
Local de ocorrência			
Residência (13.093 casos)	27,2%	78,6%	63,9%
Via Pública (3.537 casos)	47,0%	5,4%	17,3%
Escola (399 casos)	1,5%	2,0%	1,9%
Comércio/Serviços (253 casos)	1,5%	1,1%	1,2%
Bar ou similar (272 casos)	2,7%	0,8%	1,3%
Habitação coletiva (202 casos)	0,9%	1,0%	1,0%
Local de prática esportiva (111 casos)	0,9%	0,4%	0,5%
Indústria/Construção (104 casos)	1,0%	0,3%	0,5%
Outro (2.529 casos)	17,3%	10,4%	12,3%
	100,0%	100,0%	100,0%
Suspeita de uso de álcool pelo autor			
Suspeita de álcool (5.038 casos)	47,0%	29,8%	34,9%
Sem suspeita (9.418 casos)	53,0%	70,2%	65,1%
	100,0%	100,0%	100,0%
Meios de agressão			
Força corporal/espantamento (9.249 casos)	39,1%	42,6%	41,5%
Ameaça (7.059 casos)	29,5%	33,5%	31,6%
Arma de fogo (1.259 casos)	11,7%	1,7%	5,6%
Objeto perfuro-cortante (1.060 casos)	7,2%	3,2%	4,8%
Enforcamento (768 casos)	3,6%	3,3%	3,4%
Objeto contundente (445 casos)	1,8%	2,1%	2,0%
Substância/objeto quente (117 casos)	0,6%	0,5%	0,5%
Emvenenamento/Intoxicação (234 casos)	1,3%	0,8%	1,0%
Outros (2.120 casos)	5,1%	12,3%	9,5%
	100,0%	100,0%	100,0%

Fonte: Microdados do Sinan/Dasis/SVS/Ministério da Saúde. Obs.: Para o cálculo das proporções não foram considerados os casos para o qual a informação era ignorada. Elaboração Diest/Ipea e FBSP.

Os efeitos do movimento “Não é não”: carneval de Salvador no ano de 2019 e a sensação de liberdade e segurança das mulheres foliãs

*Letícia Guimarães Carvalhal Matos*¹

*Vitória Paola Nascimento dos Santos*²

1. Introdução

O presente trabalho visa apreciar os efeitos do movimento “Não é Não!” no Carnaval de Salvador no ano de 2019 e sua contribuição para a sensação de liberdade e segurança experimentadas pelas mulheres foliãs.

Diante do cenário histórico de repressão que as mulheres vem sofrendo em vários âmbitos, considera-se interessante discutir de que modo a discriminação feminina é percebida no Carnaval, tendo em vista ser esta uma festa que congrega grande contingente de pessoas e onde que há uma falsa sensação de “liberdade demasiada”. O Carnaval é um período em que as mulheres sofrem com maior intensidade o assédio, tendo em vista essa sensação de liberdade demasiada juntamente com o machismo estrutural e a ideia de dominação masculina sobre a feminina que é perpetuada até os dias atuais.

Tendo em vista a situação acima descrita, o nosso problema de pesquisa consiste na seguinte pergunta: “Em que medida o movimento “NÃO É NÃO!” ajudou no combate ao assédio moral às mulheres no Car-

¹ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. E-mail: letiguimaraescm@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. E-mail: vitoriapaolao6@gmail.com

naval de Salvador em 2019?. O Movimento é recente; contudo, com maior disseminação de informações e apoio às mulheres, queremos saber se é possível haver uma mudança de comportamento, por parte das mulheres, que se sentirão encorajadas a formular denúncias por exemplo, tendo em vista as estatísticas crescentes de crimes contra mulheres. Dessa maneira, o objetivo da pesquisa foi observar se com maiores discussões acerca do feminismo e liberdade feminina e com a crescente adesão de mulheres aos movimentos feministas, inclusive o "NÃO É NÃO!", houve algum impacto social que resultou em maior liberdade e sensação de segurança para as foliãs do Carnaval de Salvador em 2019.

Nos dois primeiros tópicos fazemos uma abordagem histórica sobre a liberdade feminina, o feminismo, além de apresentar o movimento "NÃO É NÃO!". Em seguida, no tópico três, abordamos questões relacionadas com a segurança pública e o dever do estado nessa proteção e na liberdade de ir e vir. Além disso, foram colocados desdobramentos envolvendo as origens da violência contra mulher e de como essa violência reverbera na sociedade. No tópico quatro, falamos sobre o Carnaval de Salvador; da segurança em relação às mulheres nessa festa de rua; e de como os órgãos públicos, junto à sociedade civil, adotam medidas para ajudar ao combate dos crimes contra as mulheres. Tem-se no tópico cinco a análise de dados e, por fim, no tópico seis, a conclusão. Ademais, a metodologia utilizada foi a qualitativa e a quantitativa através da aplicação de um questionário. O primeiro consiste na coleta de dados para compreendermos os comportamentos e percepções das mulheres sobre o tema pesquisado e, o segundo, é possível constatar por meio dos números e análises estatísticas, como se dá o objetivo de pesquisa em termos numéricos. Esses métodos foram utilizados a partir da aplicação de questionários através das redes sociais e, além deles, também nos orientamos por pesquisas bibliográficas.

2. A importância do feminismo no cenário do movimento “Não é não!”

2.1 O feminismo

Nos dias de hoje é um clichê dizer que a mulher passou meio século combatendo por “direitos” e outro meio perguntando a si mesma se os desejava. Afinal, “direitos” é vocábulo sem vibração para quem se criou depois de sua conquista. (FRIEDAN, 1971, p. 74).

Na época em que surgiram as manifestações iniciais por igualdade de gênero, e ainda nos dias de hoje, encontramos opiniões favoráveis e contrárias – estas em maior número e com fundamento, acima de tudo, na superioridade biológica do homens.

Homens e mulheres são diferentes. Temos hormônios em quantidades diferentes, órgãos sexuais diferentes e atributos biológicos diferentes – as mulheres podem ter filhos, os homens não. Os homens têm mais testosterona e em geral são fisicamente mais fortes do que as mulheres. Existem mais mulheres do que homens no mundo – 52% da população mundial é feminina, mas os cargos de poder e prestígio são ocupados pelos homens (ADICHIE, 2012, p.18-19).

Nada obstante, a normatização da almejada liberdade se fez.

A Declaração dos Direitos Humanos assevera em seu preâmbulo:

[...] Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta da ONU, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.[...]

E no seu artigo 2º:

[...] Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de ra-

ça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. [...]

A própria Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 5º caput, afirma que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”; e salienta em seu inciso primeiro que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações (...)”.

Apesar dos dados e das questões históricas, muitos acreditam que o movimento feminista nasceu do ódio ao homem, nutrido por:

[...] solteironas amargas, esfomeadas de sexo, castradoras, assexuadas, que se consumiam em inveja tão profunda do órgão masculino que desejavam arrebatá-lo, destruí-lo, exigindo direitos apenas porque não tinham capacidade de amar como mulher.” (FRIEDAN, 1971, p. 72-73).

A essa linha de raciocínio, FRIEDAN confronta:

Mary Wollstonecraft, Angelina Grimké, Ernestine Rose, Margaret Fuller, Elizabeth Cady Stanton, Júlia Ward Howe, Margaret Sanger, todas amaram, foram amadas, casaram: várias parecem ter sido tão apaixonadas em suas relações com o amante ou o marido — numa época em que tanto a paixão como a inteligência eram negadas ao seu sexo — como o foram na luta pelo direito de atingir sua estatura humana total. Mas se algumas, como Susan Anthony, a quem o destino ou a amarga experiência afastaram do casamento, lutaram pelo direito de se relizar, não em relação ao homem, mas como indivíduo, essa luta nasceu de uma necessidade tão real e exigente como a do amor. (FRIEDAN, 1971, p. 72-73).

FRIEDAN ainda acrescenta:

Não pode ser simples coincidência o fato de que a luta pela emancipação da mulher tenha começado na América logo após a Revolução, fortalecendo-se com o movimento em prol da libertação dos escravos (...). Em 1837, ano em que Mount Holyoke abriu suas portas às mulheres, dando-lhes a primeira oportunidade para instruir-se ao nível dos homens, as americanas organizavam também a primeira convenção nacional contra a escravatura, em Nova York (...). Isoladas por detrás de uma cortina da galeria, Elizabeth Stanton,

em lua-de-mel, e Lucrecia Mott, tranquila mãe de cinco filhos, descobriram que nem só os escravos precisavam ser libertados. (FRIEDAN, 1971, p. 74-75).

Fato é que a revolução feminista nada tem a ver com o “machismo às avessas”. O machismo conceituado pelo dicionário MICHAELIS como “ideologia da supremacia do macho que nega a igualdade de direitos para homens e mulheres”; enquanto feminismo é conceituado como:

[...] Movimento articulado na Europa, no século XIX, com o intuito de conquistar a equiparação dos direitos sociais e políticos de ambos os sexos, por considerar que as mulheres são intrinsecamente iguais aos homens e devem ter acesso irrestrito às mesmas oportunidades destes.” (2019).

A palavra “feminista”, apesar da similitude gramatical, nada tem a ver com o machismo e é escolhida, como designação do Movimento, como forma de não retratar esses direitos de uma forma geral, com uma expressão vaga como “direitos humanos”. ADICHIE diz que seria desonesto a nomenclatura “direitos humanos”, pois seria uma negação da especificidade e particularidade do problema de gênero. (ADICHIE 2002, p. 49-50). A revolução feminista precisava ser empreendida porque a mulher ficou simplesmente detida num estágio de evolução muito aquém de sua capacidade humana (FRIEDAN, 1971, p. 75).

2.2 O surgimento do movimento “Não é não!”

O movimento “Não é não!” tem origem no Rio de Janeiro no ano de 2017. Ele foi criado por um grupo de amigas Bárbara Menchaise, Aisha Jacob, Julia Parucker, Luiza Borges Campos e Nandi Barbosa, após uma das meninas ser assediada em um samba, anterior ao Carnaval. (SALVATERRA, 2019).

O movimento, que é um coletivo feminista, tem o objetivo de utilizar os corpos das mulheres como o “*outdoor*” da luta contra o assédio sexual, distribuindo a expressão “NÃO É NÃO!” como tatuagem temporária para as mulheres, no período de Carnaval, pois é nessa época em que

“o crime de assédio é intensificado principalmente pela falsa sensação de que ‘tudo é permitido’ (SALVATERRA, 2019). No ano de 2017, impulsionadas pelo crime sexual que aconteceu com uma das idealizadoras do movimento, houve a mobilização de 40 mulheres arrecadando R\$2.784,00 reais no período de 48 horas que foram utilizados para a confecção de 4 mil tatuagens temporárias para serem distribuídas gratuitamente, apenas às mulheres, na cidade. (MARTA, 2019).

Dani Freitas, a qual em 2017 teve o primeiro contato com as tatuagens temporárias no Carnaval, em um bloco de rua e que em 2018 se tornou embaixadora do coletivo no Rio de Janeiro, propôs, nesse ano, uma parceria com as idealizadoras da campanha: ao invés de receber as tatuagens temporárias (adesivos de pele) na forma de doação, sugeriu financiar a produção de mais tatuagens para a campanha. Ela foi uma das responsáveis por uma parcela das tatuagens no Rio que foram distribuídas e usadas por mulheres em 10 blocos de rua na cidade. Em outubro daquele ano, Luiza Borges Campos, conhecida como Luka, convidou a Dani para ser a Embaixadora da Campanha no Rio de Janeiro. (SALVATERRA, 2019)

A embaixadora do coletivo, em entrevista ao site Arte, Conhecimento e Transformação (ARTICULT), declarou: “Todas as oportunidades de falar que tenho, seja em shows, blocos de rua, encontros de samba, enfim... pego o microfone e busco conscientizar as pessoas sobre assédio sexual, para divulgarem a campanha e se ajudarem” (SALVATERRA, 2019).

Em 2018, o Coletivo Feminista fez uma parceria com o Coletivo Benfeitoria e conseguiram expandir a distribuição das tatuagens temporárias para sete cidades do Brasil. Em 2019, com o crescimento da campanha e com o objetivo de fortalecer a rede de mulheres, cada cidade teve o seu financiamento coletivo com as embaixadoras dos seus respectivos estados a frente de cada campanha. (SALVATERRA, 2019).

2.3 A repercussão do movimento “Não é não” na Bahia

Na Bahia, Gabi Guimarães, produtora cultural, encabeça o movimento. Em entrevista ao portal G1, relatou que em 2018 não tinha a campanha na Bahia e que os adesivos eram do Rio de Janeiro. Contudo em 2019, houve um financiamento coletivo que, inclusive, superou a meta e previu a distribuição de 30 mil tatuagens no estado. Ainda na entrevista, Gabriela contou que "As meninas falam para gente que é muito bom escrever isso [Não é Não] na pele; é a estima da mulher valorizada, ela está falando aquilo no corpo dela". Apesar disso, "O intuito é que essa campanha pare de existir; que a gente não precise escrever nos nossos corpos que a gente precisa ser respeitada" (BELO, 2019). Tal campanha tem definitiva importância no Brasil, considerado esse o país que está acima da média mundial em termos de violência contra à mulher.

Segundo estudo divulgado em novembro de 2018 pelo UNODC (Escritório das Nações Unidas para Crime e Drogas), a taxa de homicídios global foi de 2,3 mortes para cada 100 mil mulheres em 2017. No Brasil, em 2018, a taxa é de 4 mulheres mortas para cada 100 mil mulheres, ou seja 74% superior à média mundial.(BELO, 2019). Dessa maneira, é possível perceber que enfatizar campanhas como a do “Não é Não!”, principalmente no período de carnaval em que os números de agressão são crescentes, se torna de extrema importância para fortalecer o direito das mulheres de dizerem “Não”, e de serem respeitadas por isso.

Dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos mostram que as denúncias relacionadas à violência sexual contra crianças, adolescentes e mulheres aumentam em até 20% no carnaval. Segundo registros da Central Federal de Atendimento à Mulher, 180, em 2016 durante o Carnaval, em todo o estado da Bahia, foram mais de 15 mil atendimentos, entre 4 e 9 de fevereiro, com 140 denúncias registradas. (BORGES, 2019). Em 2019, os três postos da Delegacia Especial de

Atendimento à Mulher (DEAM) registraram 26 casos de violência doméstica desde a quinta (28) até segunda (4) de festa (BELO, 2019).

A chamada “Lei do Não”, que é a Lei de importunação sexual, é prevista no Art. 215-A do Código de Processo Penal brasileiro:

Art. 215-A - Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro”, assim como o crime de assédio sexual é previsto no mesmo código, Art. 216-A “Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.(...)

Tais leis são medidas importantes para que se tenha respaldo e segurança jurídica para tornar efetivo o direito das mulheres de terem a sua liberdade, o seu gênero e a sua vontade respeitados. Em 2019, segundo a Defensoria Pública do Estado da Bahia, apesar de toda campanha feita pelas instituições públicas para conscientizar a população para combater a violência contra a mulher, ocorrências de importunação sexual e tentativa de feminicídio foram registros nos primeiros dias do Carnaval de Salvador. Os dados alertam para como é o reflexo de toda historicidade de desvalorização da mulher e a cultura do machismo; e de como desconstruir algo que é estrutura da cultura brasileira tem se tornado uma atividade cada vez mais de resistência política e de sobrevivência para as mulheres. (GRAMACHO, 2019).

3. O policiamento e a sensação de liberdade e segurança

Policiamento está intrinsecamente ligado à segurança pública, e segurança pública à liberdade. Entre as concepções de liberdade expostas por ABBAGNATO está a liberdade como autodeterminação ou auto causalidade, segundo a qual é ausência de condições e de limites (2007, p. 606). Entretanto, apesar de muitos crerem que a democracia trouxe justamente essa “sociedade livre”, as sociedades organizadas se estruturam mediante uma complexa rede de relações de Liberdade e não-Liberdade

(BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1998, p. 720). BAUMAN; DONSKIS acreditam que o mais coerente seria o equilíbrio da liberdade e segurança:

A liberdade de agir de acordo com suas compulsões, inclinações, impulsos e desejos, bem como as restrições impostas a ela por motivos de segurança são altamente necessárias para uma vida satisfatória – na verdade, suportável e sustentável; segurança sem liberdade equivale à escravidão, enquanto a liberdade sem segurança significaria caos, desorientação, eterna incerteza e, em última instância, incapacidade de agir tendo em vista um propósito. Liberdade e segurança são e sempre serão mutuamente inconciliáveis (2014, p. 90)

Apesar de “mutuamente inconciliáveis”, são também necessários para que coexistam, para que se exerçam tais direitos sem transformação em caos ou escravidão, como exposto. A Constituição Federal reconhece expressamente, no artigo 5º, caput, a “inviolabilidade” de tais direitos. Assim, quanto à liberdade de locomoção no território nacional (art. 5º, XV), por exemplo, o Estado deve assegurar que este trânsito não imponha risco à vida ou à integridade física do indivíduo (KOMATA, 2009, p. 46).

O direito à segurança encontra-se arraigado ao próprio conceito de Estado e à justificativa de sua formação, assumindo a responsabilidade em tutelar os indivíduos, garantindo o exercício de seus direitos dentro do ordenamento jurídico vigente, mas ao mesmo tempo, protegendo a sociedade, as instituições e a si mesmo. (KOMATA, 2009, p.45).

O Estado por meio de seu sistema de justiça criminal não tem obtido sucesso na sua missão de prevenção e enfretamento da criminalidade e instauração da segurança pública. É como se o principal efeito das medidas de segurança tomadas no último decênio, contrariamente, resultasse em um aprofundamento da sensação de perigo, da densidade dos riscos e da insegurança. (BAUMAN; DONSKIS, 2014, p. 95). As estatísticas a cada ano mostram que a nomorreira penal, ou seja, a expansão da tipificação penal e o recrudescimento das penas têm se mostrado ineficazes na prevenção delitiva. Prova disso é o aumento dos crimes hediondos e do tráfico de drogas, mesmo após a vigência da legislação específica destes crimes (GUIMARÃES, 2017, p.1).

As operações policiais seguindo o sistema de justiça criminal são importantes não só pelo uso que os policiais fazem do sistema para citar suspeitos de algum crime, mas também porque a forte ligação que a polícia tem com o sistema acaba fazendo com que, no imaginário popular, trabalho policial e sistema de justiça sejam quase sinônimos. (GOLDSTEIN, 2003, p. 38)

No sentido empírico ou descritivo: numa dada sociedade, um conjunto de instâncias, poderes, autoridades, administrações, corporações, serviços, quadros, se identifica como "polícia" (MONJARDET, 2003, p. 14). O estereótipo da função policial é a função de prevenir a criminalidade e deter os criminosos. Esta é a imagem que vem sendo cultivada pela própria polícia, reforçada pela literatura popular, pelas séries de TV e pelo cinema. (GOLDSTEIN, 2003, p. 42). O aparelho policial é indissociavelmente: um instrumento do poder, que lhe dá ordens; um serviço público, suscetível de ser requisitado por todos; e uma profissão, que desenvolve seus próprios interesses (MONJARDET, 2003, p. 15).

É verdade que o interesse público na polícia e em seus problemas cresceu dramaticamente na última década e, conseqüentemente, os empreendimentos, tanto de recursos humanos quanto financeiros, no trabalho policial expandiram tremendamente. Mas, em sua maior parte, esse novo interesse e o aumento de recursos foram consumidos em cobrar resultados e mudanças efetivas, não chegando ao cerne do problema que é, de fato, incrementar a qualidade do serviço policial (GOLDSTEIN, 2003, p. 9).

Uma mudança fundamental requer não só mudanças direcionadas para os policiais enquanto indivíduos (por exemplo, na seleção e treinamento) ou grandes declarações políticas, mas uma remodelação do caráter básico do papel da polícia como resultado de uma transformação social mais ampla. (REINER, 2000, p. 160).

A partir dos estudos e levantamentos de dados, possibilita informar a sociedade, profissionais envolvidos e aos organismos estatais sobre o crime, o criminoso, a vítima e o controle social, englobando um núcleo de conheci-

mentos que permita compreender de forma científica a problemática criminal. (GUIMARÃES, 2017, p.1).

O caráter comunitário dessa transformação se dá, já que os indivíduos envolvidos na trama criminal advêm da mesma sociedade, devendo buscar os mecanismos causadores da criminalidade e o seu enfrentamento (GUIMARÃES, 2017, p.1). A capacidade da polícia tem limites, mas aquela que emerge de toda a sociedade é bem maior. A força da população é um suplemento importante da força policial e fundamental para a prevenção criminal na comunidade (CHAK, 2006, p. 65).

Ao executar a lei, a polícia deve cumprir os princípios concretos de “pôr a segurança comunitária como objetivo de trabalho”, “a prevenção criminal ser o ponto chave”, “acooperação entre a polícia e a população ser o meio de trabalho” e finalmente pôr em prática o humanismo no trabalho policial moderno (CHAK, 2006, p. 65).

A polícia é base do controle formal do crime e deve buscar entender os problemas sociais na sua área de atuação ou circunscrição, colaborando e disseminando políticas de educação e lazer com os jovens em situação de risco, aproximando o poder estatal ao cidadão e, por conseguinte a comunidade que o rodeia. (GUIMARÃES, 2017, p.2).

4. As peculiaridades do carnaval de salvador e a figura da mulher nesse cenário

4.1 o carnaval de salvador

O Carnaval de Salvador é uma festa tradicional, conhecida mundialmente. As fantasias, as serpentinas, o trio elétrico, a música afro e a axé music compõem um cenário que diverte milhares de foliões durante 7 dias.

As origens do Carnaval remontam à época da vinda dos jesuítas para o Brasil, segundo o pesquisador e jornalista Nelson Varón Cadena que reuniu os dados coletados:

{...} em seu livro “História do Carnaval da Bahia: 130 anos do Carnaval de Salvador”, resultado de dois anos de pesquisa sobre o Carnaval da Bahia. Ele conta que “os jesuítas, que foram as primeiras pessoas que trouxeram a cultura do carnaval para a Bahia. Há também o relato de um soldado durante a invasão Holandesa, em 1624, que conta como foi o carnaval quando estavam em guerra, que a festa foi feita em quatro navios”. (MELO, 2014).

Dessa maneira é possível inferir que as raízes de tal festa são europeias e também religiosas, pois como conta o autor em tela:

O carnaval foi instituído pela Igreja Católica como período para anteceder a quaresma para que as pessoas pudessem extravasar tudo que quisessem e depois entrar no recolhimento de 40 dias. Os jesuítas trouxeram essa cultura e introduziram entre as comunidades indígenas como parte da catequese, porque eles entendiam que era interessante trazer um pouco de música, um pouco daquela coisa mais lúdica. (MELO, 2014).

É interessante ressaltar que Cadena aborda em seu livro acontecimentos os quais dão origem ao carnaval antes mesmo do seu marco oficial de seu surgimento em nosso país que é em 1884, “ pois é quando inicia-se a organização dos festejos e desfiles de clubes, corsos, carros alegóricos, com intensificada participação popular e aclamação do carnaval de rua.” (CADENA, 2019).

É sabido que um dos signos que marcam a tradicional festa na Bahia é o famoso “Trio Elétrico”. Mas, antigamente, o desfile consistia em outras atrações. Segundo relatos das fontes indicadas, “Os carros alegóricos tinham uma baixa potência de som a ser alcançada, porém antes do surgimento do trio elétrico, eram colocadas cornetas de ruas no carro, mas ainda eram precárias as estruturas. (MELO, 2014).

Contudo, em 1950, irá surgir o trio elétrico que marca a festa de rua até hoje.

[...] Dodô e Osmar [...] pegaram um Ford Modelo A 1929, que chamavam de “Fobica”, arrancaram a capota, decoraram toda a carroceria e o equiparam para receber amplificadores e caixas de som, alimentados pela bateria do

carro. Com suas guitarras baianas plugadas, Dodô e Osmar eram a Dupla Elétrica, e seu desfile foi um sucesso entre o público. Para o Carnaval do ano seguinte, eles convidaram o músico Temístocles Aragão, e a Dupla Elétrica se tornou Trio Elétrico. (HERNANDES, 2017).

De acordo com MELO:

O Carnaval hoje tem uma nova roupagem, pois foram criados espaços privados para maior conforto para o folião -os camarotes - os blocos também possuem as cordas para separar o chamado “folião pipoca” das pessoas que onerosamente estão no respectivo bloco. Esses espaços oferecem serviços e shows para quem quer desfrutar do Carnaval de uma outra forma, diferente das cadeiras colocadas nas ruas em 1930 para que a pessoas assistissem os shows de maneira mais confortável. (MELO,2014).

Essa festa de rua é reconhecida internacionalmente e é classificada como a maior festa de rua do mundo. Houve a consagração do Carnaval bem como dos cantores que além de terem influenciado o deslanche do movimento fazem parte da criação dessa história que, segundo Cadena,tem 130 anos. (CADENA, 2019).

4.2 O carnaval de salvador em relação à segurança das mulheres

Segundo NETO, “A segurança pública, além de ser “dever do estado”, como se prescreve no art.144 da Constituição, é também uma “responsabilidade de todos”, pois de todos, numa democracia, é, enfim, a responsabilidade do Estado ser o que é.” (NETO,1991. p. 138).

Em 2019, houve uma inovação com o investimento, pelo Governo do Estado,em câmeras com reconhecimento facial. (SANTOS, Gil. 2018).Além disso. há o investimento de ao todo, 26 mil policiais militares, civis e técnicos formam o efetivo que atuaram em Salvador, nos três circuitos oficiais da festa e nos bairros, além de outras 45 cidades do interior do estado onde há festejos. (MASCARENHAS, 2019).

Em relação à segurança das mulheres, tendo em vista a importância dos órgãos públicos assim como a sociedade civil no enfrentamento con-

tra os crimes de violência de gênero, durante os dias de festa são instalados postos de atendimento para combater a violência contra mulher, instalando postos de DEAMs (Delegacias especializadas em atendimento à mulher), em 2019 houve uma inovação, pois colocaram DEAMs móveis para atender melhor à população feminina, segundo SSP-BA. (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, BAHIA, 2019).

Algumas campanhas são instauradas com maior intensidade nesse período, como a Campanha “Respeita as Minas” que contou com unidades móveis nos circuitos justamente para auxiliar as mulheres no combate ao assédio. Além disso, o Hospital da mulher dá toda a assistência para o atendimento a casos de estupro. E, em 2019, a SSP-BA apresentou um maior apoio ao combate à violência contra mulher no Carnaval. A Secretaria da Segurança Pública (SSP) reforça a campanha 'Seu corpo, suas regras', para fortalecer esse conceito ainda tão violado, tendo em vista isso três postos da DEAM foram instaladas nos circuitos. (SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA, BAHIA, 2019).

Diante de todo o apoio e todo o investimento em segurança e, principalmente, na atenção no combate e enfrentamento à violência contra mulher, a secretária de Políticas para as Mulheres, Julieta Palmeira, declarou que: “Comparando a quinta-feira de 2018 com a de 2019, tivemos poucas ocorrências, segundo os dados da Secretaria de Segurança Pública. A sexta-feira, da mesma maneira”, disse, em entrevista ao Metro1. Falou também que: “além da importunação sexual ser agora crime, as campanhas “Respeite as Minas” e “Não é Não” têm participação direta na redução.” (RELLSTAB; RODRIGUES. 2019).

4.3 As medidas tomadas pelos órgãos públicos e pela sociedade para melhorar a segurança em relação às mulheres

A legislação com a Lei Maria da Penha, a Lei de Importunação Sexual, e a tipificação do feminicídio como crime foram avanços importantes

para o combate à violência contra mulher. Mas bem como aborda a Presidente da Associação Artemis, Centro Cultural Feminista:

Quando se fala em aumentar penas e tipificar crimes, estamos trabalhando com o que será feito após o acontecimento. Não estamos nos preocupando com o principal, que é o antes, com a prevenção. Temos de pensar que esse homem é comum. E que ele um dia se apaixonou, dividiu a casa, teve filhos, mas que, no inconsciente dele, a mulher é extensão do seu patrimônio. (SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES, BAHIA. 2019)

Dessa maneira, algumas parcerias reforçam o enfrentamento através de palestras, conscientização e sensibilização. Em 2019, foi feito um convênio/parceria entre a Secretaria Municipal de Políticas para Mulheres, Infância e Juventude (SPMJ) e a Guarda Civil Municipal (GCM) para a promoção de cursos para o combate à violência das mulheres. Foram ministradas aulas com tais pautas: instrução de primeiros socorros, apresentação da GCM, roda de conversa sobre a Lei Maria da Penha e técnicas e procedimentos de defesa pessoal para mulheres. (PONTES, 2019).

O surgimento da “Ronda Maria da Penha” foi essencial para a proteção das mulheres vítimas de violência, a ronda faz a segurança das mulheres que estão sob medida protetiva. A major Denice Santiago criou essa operação em 8 de março de 2015. A major destaca que “até hoje, já foram 103 homens presos pela Ronda Maria da Penha. Eu costumo dizer que são 103 feminicídios a menos. Quando uma mulher é morta, todas as outras são”. (RODRIGUES, 2018).

Dessa maneira, a sociedade junto com os órgãos públicos como as Delegacias e Assistência a Mulher, a Secretaria de Segurança Pública, os investimentos do Governo do estado e da Prefeitura e parcerias público-privadas associados à conscientização com as campanhas de grupos feministas fazem valer o combate à violência contra mulher e que há como avançar em diminuir as estatísticas e dirimir cada vez mais a desigualdade de gênero no País.

5. Análise de dados

Na pesquisa, conseguimos entrevistar 92 mulheres foliãs, das quais 45,7% de 21-30 anos, 44,6% de 15-20 anos, 4,3% de 30-40 anos e 5,4% de 41-50 anos. Quando feita a pergunta acerca do que mais lhe chama atenção no evento, a maioria respondeu sobre a energia e alegria da festa, também sinalizando a diversidade e quantidade de pessoas. Entretanto, contrastando com os aspectos positivos sinalizados na pergunta anterior, 69,6% das entrevistadas disseram já ter sofrido algum tipo de assédio.

A cultura da polícia não é nem monolítica nem imutável. Mas, nas democracias liberais a crise da polícia em manter a ordem e aplicar a lei gera um padrão cultural típico (REINER, 2000, p. 160). Quando pedimos para descrever com uma palavra como o policiamento no evento as fez se sentir, a sensação descrita foi majoritariamente descrita com palavras como “alerta”, “insegura”, “medo”, “tensão”, “desconfiança” ou “desconfortável”, pouquíssimas foram as entrevistadas que responderam com palavras positivas como “segurança” ou “alívio”.

Questionamos as entrevistadas sobre como seria um bom policiamento, pautados no posicionamento de GOLDSTEIN que afirma:

O trabalho policial difere enormemente de uma jurisdição para outra. Não é apenas a variedade de demandas feitas à polícia que advém de fatores demográficos - como composição, estabilidade e densidade da população -, pois as comunidades, em um certo período de tempo, também tendem a desenvolver diferentes estilos de policiamento, o que, por sua vez, serve para mostrar ou reforçar o que uma comunidade acaba esperando de sua polícia (2003, p. 44).

As entrevistadas fizeram declarações como desabafos, trazendo a tona pensamentos como “Policiais que impedem assédio, roubos e brigas (sem bater nos foliões)”, “Prezar pela segurança de todos, não necessariamente usando a força.”, “Aquele que não fecha os olhos diante de

determinadas situações como assédio.”, “Um policiamento humanizado e sensível, que perceba a minha vulnerabilidade em tantos momentos, apenas por ser mulher.”; “Um policiamento efetivo e preventivo, não o extremamente agressivo e repressivo que é feito hoje.”, “Equipe bem estruturada e treinamento educacional, institucional e social para com os policiais e indivíduos que curtem o carnaval. Não é chegar na violência, até porque violência gera ainda mais violência, gerando agonia, desconforto e nervosismo.”, entre outros depoimentos semelhantes. Os depoimentos revelam ideias já abordadas por alguns autores ao longo do tempo, autores como Wong Sio Chak ou Herman Goldstein, que trazem a ideia de um policiamento comunitário, onde a comunidade atue junto com a polícia.

Porque, dar importância às exigências de segurança vindas da população, melhorar a rede de informações, intensificar respostas rápidas são pressupostos importantes e garantias necessárias para descobrir, o mais cedo possível, o crime, para o desmantelamento com eficácia do crime e para o castigo com sucesso; executar a lei com iniciativa, reforçar o controle da segurança comunitária, recolher oportunamente informações sobre crime, divulgar com exatidão os conhecimentos contra o crime, são meios eficazes na prevenção criminal, na poupança de recursos de execução e no aumento do investimento na luta ao crime. (CHAK, 2006, p. 65)

AMARAL afirma que “Temos, portanto, uma sobrevalorização dos meios judiciais de controle e uma subvalorização dos meios não judiciais, como a opinião pública, as manifestações populares e, principalmente, o voto” (2001, p. 22). Entretanto, quando perguntadas sobre o conhecimento de algum movimento social, ninguém alegou não saber o que era e 84,8% das entrevistas afirmaram conhecer algum movimento.

A respeito do movimento “Não é não”, as estatísticas não foram muito diferentes. Entre os relatos sobre o movimento “Não é não”, as respostas foram positivas, com declarações como “Maravilhoso e vi melhoras no carnaval em relação aos outros anos que fui”, “acho importante e necessário”, “Essencial, uma vez que devido à sociedade machista, a

mulher precisa ser representada e o movimento é a base dessa representação para constantes lutas”, “perfeito”, “Acho que o movimento tomou uma ótima proporção, e que ajudou a diminuir os assédios, promoveu empoderamento”, “Sensato”, “Acho incrível e triste. Triste porque ainda precisamos dizer o óbvio, mas incrível por termos uma união fazendo a força entre nós mulheres.”, “Necessário, logo que mesmo gritando "não", colocando a mão, e até partindo para a violência física, alguns não param e insistem no abuso”, ” Didático e eficiente”, “Excelente, pois precisamos deste tipo de "identificação" para que o não tenha significado.”, entre outras declarações.

Entretanto, elas também sinalizaram que o movimento ainda precisa de mais “Que está ganhando força e que cada vez mais as pessoas estão ficando cientes do espaço e respeitando a vontade dos outros, mas que ainda precisa ser mais difundido e explicado.”, “Acho que já é alguma coisa para por limites aos homens e lembrá-los que a mulher tem voz, autonomia e que somos donas do nosso próprio corpo. Mas ainda assim, não acho suficiente, pois muitos ainda passam por cima disso.”, “Necessário, mas pode ser melhorado”.

Nas estatísticas, 93% das entrevistadas diz que o movimento trouxe benefícios para o Carnaval de Salvador e 91,3% acredita que, sendo mulher, deve tomar cautela no Carnaval.

Entre as cautelas expostas encontram-se: “Roupas mais difíceis de ser tocado (mesmo de short, vou com short calcinha por baixo), andar por lugares mais movimentados, ficar mais próximo das pessoas que estou para ficar menos vulnerável”, “Infelizmente sempre procuro ir acompanhada de homens pela insegurança que sinto quando vou apenas com amigas, parece que homem só respeita homem.”, “andar sempre acompanhada, prestar sempre atenção ao redor, não voltar tarde, não largar a mão da amiga quando um trio estiver passando, não beber demais, ter cuidado onde vai parar para curtir o trio, ter sempre noção de onde estar, observar se os homens ao seu redor (ainda mais quando um trio passa) estão com algo na cintura ou nas mãos.”, Cuidado para não

ser puxada a força.”, “Evitar dançar em alguns contextos ou andar em algumas ruas nos circuitos”, “Tomar cuidado em abordagens, para não ser grossa e acabar sendo agredida por isso. Andar sempre em grupo. Bebida apenas com o grupo, e cuidado para não deixar o copo muito à mostra”, “andar com no mínimo um homem(pq um homem respeita outro, então a situação é menos pior), não ficar sozinha, evitar roupas muito curtas, estar sempre acompanhada. Todos aqueles cuidados q não deveríamos tomar se os homens fossem minimamente respeitosos”.

Entre todos os depoimentos expostos, quando analisados, podemos observar a reincidência de “cuidados” como não andar sozinha, estar com um homem presente, olhar a vestimenta, entre outros. Os nossos direitos fundamentais já expostos no artigo como a liberdade, igualdade, segurança, são claramente noções que na prática são relativizadas.

E, para finalizar, solicitamos que se houvesse qualquer momento que a entrevistada quisesse relatar, onde houve qualquer evento que lhe chamou atenção a respeito do assédio, da posição da mulher e do movimento “Não é não”, e as respostas chamaram atenção. Apesar de muitas não quiseram expor nenhum evento, as que se sentiram a vontade fizeram os seguintes relatos:

- a) Um cara puxando a menina pelo braço pra tentar beijá-la, e, a amiga dela teve que intervir pois nem ele nem seus amigos tiveram o bom senso/ respeito de parar.;
- b) ao pegar um ônibus com minha amiga passamos por um carnaval de bairro que estava ocorrendo no trajeto do ônibus, quando o ônibus parou para o trio sair do meio da pista, 2 caras bateram na janela pedindo para ficar comigo e com ela, dissemos NAO e ambos entraram no ônibus pela janela e pediram novamente p ficar com a gente, um dos caras nos fechou entre o banco que estávamos sentadas e corredor, foi nesse momento em que eu empurrei um dos caras e puxei minha amiga do lugar gritei para ele QUE ERA ASSÉDIO E QUE NÃO É NÃO, ninguém no ônibus se envolveu na situação, o amigo q estava com o cara falou q era melhor eles descerem, e eles saíram pela janela mesmo.;
- c) No momento em que um cara tentou me beijar, eu levantei o braço onde estava a tatuagem de água, e o repeli.;

- d) Eu e minha amiga estávamos indo em direção ao farol, um homem nos abordou e tentou beijar ela. Ela não quis, então ele nos deu um banho de cerveja;
- e) Já tive o cabelo puxado para que me forçassem a beijar um homem, com muita resistência o empurrei e se não fosse minha amiga para me ajudar, algo pior poderia ter ocorrido. As sequelas que tivemos foram machucados sanguinolentos nas pernas porque o mesmo, nos empurrou no chão.;
- f) Já vivenciei em 2 sentidos: 1) um menino que queria ficar com uma menina, escutou um não e saiu quieto e tranquilo, indo curtir sua festa; 2) uma menina que fez uma cena absurda, que constrangeu um menino, usando-se erroneamente do "não é não" (eles se conheciam e já haviam se paquerado nas redes sociais, ele chegou conversando, sem força/agressão ou insistência. A menina observou um outro "contatinho" mais interessante e ao invés de apenas dizer pro menino que não queria nada, "surtou", pra chamar atenção - no final ela foi "socorrida" pelo "contatinho", sofreu repressão das amigas e o menino saiu constrangido - e isso pra mim é um uso extrapolado do movimento).

6. Considerações finais

Desta forma, pudemos perceber que a mulher ocupa um lugar marginalizado, no sentido de a margem da sociedade, ocupando perante a sociedade com uma figura anexa à figura masculina. Entretanto, o feminismo tem lutado para que a mulher ocupe um lugar diferente do historicamente lhe imposto, a luta é para que as mulheres ocupem o lugar de igualdade que lhes é garantido constitucionalmente, como o de segurança e liberdade, muitas vezes negligenciado na prática. No Carnaval, festa de rua popular, não é diferente. Conhecida como a festa onde tudo é permitido, no Carnaval figura o assédio, violência contra a mulher, e, a figura de vulnerabilidade ocupada pela mulher, observa, mais uma vez, uma necessidade de intervenção, já que muitas vezes o problema de forçar um beijo no evento, parece uma atividade “normal”.

O movimento social “Não é não” surge no intuito de reforçar que a mulher tem o direito de manifestar-se e de ocupar lugar relevante nas relações. O movimento protagoniza o lugar da mulher e clama por uma relevância de sua negação nas relações, trabalhando a ideia do respeito

ao querer ou não querer da mulher. Percebemos também que o movimento social auxilia o trabalho das entidades jurídicas formais. O trabalho da polícia, apesar de objetivar a segurança, não é suficiente na garantia dos direitos fundamentais, já que a polícia punitiva não atua na “raiz” do problema, não educando a população, nem aliando as questões sociais e culturais na luta contra a criminalidade.

No presente trabalho pudemos perceber que não somente na vivência, como também em trabalhos científicos, sendo muito antes tema de pauta de discussão e, apesar de ainda haver muito que trabalhar e melhorar. É perceptível o progresso feito na luta pelo empoderamento feminino, explicitamente visto na sensação de liberdade e segurança propagada pelo movimento social “Não é não”, que teve grande repercussão positiva no bem estar das mulheres foliãs do Carnaval 2019 de Salvador, Bahia.

Referências

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário da Filosofia**. 5.ed. rev. ampl. São Paulo: Martin Fontes, 2007.
- ADICHIE, Chimamanda Ngozi. **Sejamos todos feministas**. São Paulo: Editora Schawarcz, 2012.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001
- BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral: A perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- BELO, Mariana. PORTAL G1 BAHIA. **Coletivo de mulheres de combate ao assédio prevê distribuição de 30 mil tatuagens no Carnaval**. Disponível em <<https://g1.globo.com/ba/bahia/carnaval/2019/noticia/2019/02/16/coletivo-de-mulheres-de-combate-ao-assedio-preve-distribuicao-de-30-mil-tatuagens-no-carnaval-nao-e-nao.ghtml>> acesso em: 15/05/2019.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1.vol.11.ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

BORGES, Thais. CORREIO 24 HORAS. **Mulheres denunciam violência durante o Carnaval, casos serão investigados.** Disponível <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/mais-de-400-mulheres-denunciam-violencia-durante-carnaval-casos-serao-investigados/>>. Acesso em 20/05/2019

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/529748/codigo_penal_1ed.pdf>. Acesso em: 09/06/2019

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 15/05/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20/05/2019.

BUENO, Samira; LIMA, Sérgio Renato. PORTAL G1. **Dados de violência contra a mulher evidencia a desigualdade de gênero no Brasil.** Disponível em <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/03/08/dados-de-violencia-contra-a-mulher-sao-a-evidencia-da-desigualdade-de-genero-no-brasil.ghtml>> Acesso em: 15/05/2019).

CADENA, Nelson Varón. **História do Carnaval da Bahia: 130 anos do Carnaval de Salvador.** Salvador, 2014. Memória da gerente do Carnaval de Salvador da Prefeitura de Salvador, Merina Aragão. SALTUR.

CHAK, Wong Sio. **A Filosofia e modelo de policiamento comunitário:** Concretização e percepção por parte da PJ.2006. Tese de doutorado. Universidade de Pequim, Pequim, 2006.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris.** 10 dez. 1948. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em: 20 de Maio de 2019.

GRAMACHO, Daniel. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. **Carnaval 2019 :** Casos de violência contra mulher não param durante a festa. Disponível <<http://www.defensoria.ba.def.br/arquivo/noticias/101350-2>> acesso: 15/05/2019).

FRIEDAN, Betty. **Mística feminina**: o livro que inspirou a revolta das mulheres americanas. Rio de Janeiro: Editora Vozes Limitada, 1971.

GOLDSTEIN, Herman. **Policando uma Sociedade Livre**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

GUIMARÃES, Rafaelle|Jonathas de Sousa. **A criminologia e sua importância na atividade policial**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XX, n. 161, jun 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19014&reista_caderno=3>. Acesso em 27 de maio de 2019.

HERNANDES, Dalmo. **Carnaval Sobre Rodas: Como Surgiu o Trio Elétrico?** Disponível em<<https://www.flatout.com.br/carnaval-sobre-rodas-como-surgiu-o-trio-elétrico/>> Acesso em: 20 jun 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. **A violência contra as mulheres é um problema de todos, diz especialista**. Disponível em <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5141/A+violência+contra+as+mulheres+é+um+problema+de+todos.+diz+especialista%03E>>. Acesso em: 08/06/2019.

KOMATA, Nicanor Barry. **O direito à segurança**: uma reflexão à luz da crise de segurança pública do Estado brasileiro em face das ações das organizações criminosas. 2009. Dissertação de Mestrado. Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009.

LEI n. 11.340, 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>Acesso em: 09/06/2019.

MASCARENHAS, Ricky. **Carnaval de Salvador terá 26 mil policiais e câmeras de reconhecimento facial**. Disponível em<<http://ipolitica.blog.br/carnaval-de-salvador-tera-26-mil-policiais-e-cameras-de-reconhecimento-facial/>> Acesso em 19 jun 2019.

MELO, Ruan. **Conheça a História do Carnaval de Salvador contada por Jornalista da Bahia**. 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/bahia/carnaval/2014/noticia/2014/02/conheca-historia-do-carnaval-de-salvador-contada-por-jornalista-da-ba.html>> Acesso em 19 jun 2019.

MICHAELIS, **Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em <michaelis.oul.com.br> Acesso em 20/05/2019.

MONJARDET, Dominique. **O que faz a polícia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

NETO, Diogo de Figueiredo. **Revista de informação legislativa**. v.28,n.109,Brasília: 1991.Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175847>> Acesso em: 20/05/2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. **Atos de Violência contra a mulher passam a impedir inscrição na OAB – Conselheiro federal pela OAB/RS é relator**. Disponível em <> Acesso em: 19 jun 2019.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo, Editora Fundação Perseu Abranso, 2003.

PONTES, Valter. Secretaria de Comunicação. Prefeitura de Salvador. **Convênio vai ampliar parceria municipal no combate à violência contra a mulher**. Disponível em <comunicacao.salvador.ba.gov.br/index.php/todas-as-noticias-4/54315-convenio-vai-ampliar-parceria-municipal-no-combate-a-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em 19 jun 2019

REDAÇÃO do Correio. **Seis homens são presos por violência doméstica no Carnaval**. Disponível <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/seis-homens-sao-presos-por-violencia-domestica-no-carnaval/>> Acesso em: 15/05/2019.

REINER, Robert. **A Política da Polícia**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2000.

RELLSTAB, C.; RODRIGUES. J. **Secretária Aposta na redução dos Casos de Violência Contra a Mulher no Carnaval de Salvador em 2019**. Disponível em <<https://www.metro1.com.br/noticias/politica/69706,secretaria-aposta-na-reducao-dos-casos-de-violencia-contra-a-mulher-no-carnaval-em-2019>> Acesso em 19 jun 2019.

RODRIGUES, Danutta. **“Quando uma mulher é Morta, Todas as Outras São” diz Major baiana que Criou a Ronda Maria da Penha**. Disponível em <<https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/quando-uma-mulher-e-morta-todas-as-outras-sao-diz-major-baiana-que-criou-a-ronda-maria-da-penha.ghtml>> Acesso em 19 jun 2019.

SALVATERRA, Floriano. ARTCULT. **Conhecimento, arte e informação**. Disponível em <<http://artecult.com/dani-freitas-campanha-nao-e-nao/>> Acesso em: 15/05/2019.

SANTOS, Gil. **Bandidos serão identificados por câmeras de reconhecimento facial em Salvador**. Disponível em <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/bandidos-serao-identificados-por-cameras-de-reconhecimento-facial-em-salvador/>> Acesso em 20 jun 2019.

A população transexual e travesti e o acesso democrático: propor um aprofundamento ao constatar um colapso

*Enzo Bellini Machado*¹

1. Introdução

Este artigo científico trará como tese central a discussão sobre a população transexual e travesti e o efetivo acesso por parte dessa ao sistema democrático brasileiro, o qual passa por um momento de colapso. Além disso, será abordado não só o direito ao voto como uma forma de se exercer a democracia, mas também o direito à representatividade dessas pessoas no meio político e as condições dignas no tocante à vida, já que suas necessidades precípuas não são devidamente reconhecidas até hoje.

Logo, esta pesquisa tem como justificativa principal o fato de que essa parcela da população brasileira se mostra irrelevante para o cenário político e social pelo qual, atualmente, transcorre-se. Sendo esse um problema de origens muito antigas, pois no passado as pessoas trans não eram consideradas normais e não possuíam um mínimo de dignidade humana. Infelizmente isso vem perdurando ao longo dos anos devido a uma negligência do próprio Estado, o qual nega a existência dessas pessoas em relação a não inclusão e não representatividade delas no meio político-social.

¹ Graduando em terceiro período pela Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). enzmachado@ymail.com.

Isto posto, a justificativa deste artigo se faz necessária à sociedade por mostrar que a democracia brasileira está passando por uma crise, em vista dessa discussão tomar como pressuposto o não cumprimento do art. 5º (cláusula pétrea) da Constituição Federal de 1988, o qual diz que todas as pessoas devem ser tratadas de forma igual perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Outrossim, o fato de o Estado deixar essa parte da população às margens da sociedade afasta todo e qualquer princípio democrático no tocante à segurança a qual a maioria deve exercer sobre os desfavorecidos social, econômica e politicamente.

Com isso, o objetivo principal deste artigo científico será abordar de forma aprofundada a situação a qual se encontra a população transexual e travesti no Brasil e as dificuldades que encontram para exercer seus direitos e garantias individuais. Além disso, discutir-se-á a necessidade da criação ou não de uma legislação especial para essa parcela da população, a análise da crise do sistema democrático e a abordagem das condições de vida em que transexuais e travestis vivem atualmente.

Para que esses propósitos possam ser alcançados e a tese central possa ser aperfeiçoada, esta pesquisa irá trabalhar com livros e artigos científicos, os quais tratam do desigual acesso à democracia por parte da população, que se encontra excluída do meio social. Ademais, em vista de auxiliar a discussão sobre os empecilhos desse acesso, serão utilizados conceitos trabalhados por autores como Camila Paese Edrigo, Rubens Roberto Rebello Casara, Maria Berenice Dias, entre outros. Será considerado também dados sobre o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais dessas pessoas.

2. O protagonismo social da população transexual e travesti e a dificuldade/impossibilidade de enquadrá-la em ações afirmativas

Antes de iniciar a discussão entre o real protagonismo social da população transexual e travesti em um país como o Brasil, faz-se de extrema importância que a inserção da questão dos Direitos Humanos

seja fortemente implicada, a fim de embasar a troca de informação advinda do tópico em questão sobre quais são os papéis ocupados socialmente por essa parcela populacional tão discriminada.

A autora do artigo científico “Ações afirmativas da perspectiva dos Direitos Humanos”, Flávia Piovesan, pós-graduanda pela faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, escreveu nesse sobre a questão dos Direitos Humanos como sendo uma construção da necessidade da história da humanidade, ponto teórico abordado pela teoria de Hanna Arendt. Nesse sentido, é possível estabelecer uma ponte de raciocínio muito real entre o momento exato em que a luta pelo protagonismo social dos transexuais e travestis passou e ser de importância social.

Na realidade, é pouco possível afirmar-se que esse é um fato na sociedade a qual estrutura o Brasil, em vista da população T ser tão pouco presente socialmente, sendo, em última análise, considerada como “monstruosa” pela opinião pública. Dessa forma passa-se a observar conclusões a partir do entendimento popular que transexuais e travestis são “máscaras” utilizadas por seres moralmente frágeis, de acordo com a moral católica, por exemplo, ou são entes ignorados e não “levados a sério”, pela população comum do dia a dia, e nesse sentido são, de maneira abrupta e radical, “desumanizados”.

Assim, é possível entender a profundidade da fala social que embasa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual em seu princípio era arraigada por um discurso de igualdade formal muito explícito, em decorrência do período pós-holocausto, que presava pela extrema e real igualdade a todos. Ao longo dos anos, e com o entendimento da existência de grupos, faticamente, alijados da sociedade, a Declaração Universal dos Direitos Humanos entremeou em seu discurso o que indicaria ser uma “espécie” nova de igualdade, não mais formal, mas material, que se baseia, segundo as falas da própria autora do artigo citado acima, na necessidade de se conferir a determinados grupos uma proteção especial.

Dessa forma enxerga-se a diferença não mais como uma causadora de discriminação, porém sim como uma promotora de direitos, e a importância de reconhecer essa diferença também como um direito. A discussão acima engloba, nesse sentido, a população trans, a qual por mais que seja igual em suas garantias de direitos e deveres é diferente em seu cerne.

O artigo da autora Flávia traz ao longo de sua discussão um conceito muito pertinente ao assunto abordado, pois explica a questão da extrema diferença entre pessoas cisgênero e pessoas transgênero no sentido de inclusão e aceitação pela maioria social. O conceito em questão diz respeito a concepções de justiça, dentre as quais, ante as diversas formas de considerações, enquadra-se a bidimensionalidade proposta por Nancy Fraser, em que a autora e cientista política estadunidense trata sobre a divisão da justiça entre os quesitos da distribuição (no seu sentido econômico) e do reconhecimento (no tocante à honra).

Dessa forma, a autora determina maneiras de discriminação, que no caso de transexuais e travestis é possível ser alocada nos dois quesitos. Porquanto o alijamento da população T se caracteriza como catastrófico, o quesito reconhecimento se expande em graus elevados de desigualdade, o que provoca, nesse sentido, uma cascata irreversível na maioria dos casos dessas pessoas a qual eleva a desigualdade aos dois níveis. Pela enorme dimensão que a discriminação por reconhecimento representa na vida das pessoas trans, a discriminação por distribuição passa a ser uma consequência direta. A partir disso, é possível entender a questão crucial a qual engloba o protagonismo social dessa população e a real utilização de medidas socialmente eficazes para evitar e futuramente banir a discriminação concernente a ela.

Utilizando como exemplo o artigo de Flávia Piovesan tem-se a existência de alguns tratados internacionais que protegem, ou ao menos deveriam servir de garantia de proteção de grupos vulneráveis socialmente. Como exemplo pode-se citar um tratado da Organização das Nações Unidas, denominado Convenção sobre Eliminação de todas as

formas de discriminação racial, que protege e garante medidas preventivas temporárias, denominadas ações afirmativas, a grupos discriminados racialmente. Essa convenção é um exemplo evidente de que todo e qualquer país o qual assinar esse tratado deve ter previsto em sua legislação dispositivos que inibam o racismo ou ao menos utilizar-se do Direito Comparado para garantir proteção, seja de maneira preventiva, como a prisão por atos racistas, seja de maneira positiva, como é o caso das ações afirmativas supracitadas.

Nesse caso, por mais que a população negra, no exemplo do Brasil, seja ainda alvo de preconceitos e sofra com o racismo diariamente, a pauta das questões raciais existe legalmente, e por isso pode ser protegida de maneira a contemplar essa legalidade. As ações afirmativas, dessa forma, funcionam como uma tentativa forçada de inclusão a partir da elevação social dos grupos alijados. Essas são ações que forçam de maneira positiva a naturalização da presença de grupos que são tratados como inferiores e enxergados como iguais formalmente, o que é um erro. Inclusão a qual ocorre a princípio de formas a elevar patamares, para que posteriormente, essa situação manipulada seja eliminada e o grupo social necessitado dessa ação, não mais precise dela, por poder ser visto no âmbito da igualdade material.

Dessa forma, a discussão sobre a inclusão social da população transexual e travesti, redundando em um maior protagonismo dessa parcela, passa a ficar mais patente à medida que se entende que não é possível a utilização de ações afirmativas, pois não está acompanhada de reconhecimento legal. Além disso, a participação social-política atual dessas pessoas, em questão de sua “desumanização”, já é tão baixa que, ainda, não se construiu fundamentos necessários a uma consolidada discussão. As ações afirmativas, nesse caso, não seriam utilizadas em medida igual, ou semelhante às questões raciais.

A esse modo, como ainda é necessário que haja uma elevação de patamares para o ingresso de pessoas negras em universidade, resguardada pela “Lei das Cotas”, seria igualmente ou até mais elevada à necessidade

desse incentivo para a população transexual e travesti. De acordo com dados estipulados pela Rede Nacional de Pessoas Trans no Brasil e a Associação Nacional de Transexuais e Travestis do Brasil (ANTRA), cerca de 82% das mulheres trans abandonam o ensino médio entre os 14 e os 18 anos, dado esse que ratifica a necessidade de legalização e também inclusão dessa população nas universidades, por exemplo. Sabe-se, além disso, que cerca de 90% da população T, tanto feminina quanto masculina, tem como única escolha a prostituição e somente 5% da população total tem trabalhos com carteira assinada.

Como último dado revelado tem-se um dos mais chocantes, o qual diz respeito à expectativa de vida da população trans que chega a ser cerca de 40 anos mais baixa do que a da população cisgênero. Tendo em vista os dados apresentados, implica-se a total falta de protagonismo social concernente a essa população, fato esse que desmantela todo um sistema, no qual, por ser signatário de diversos tratados condizentes com os Direitos Humanos e respaldados pela dignidade humana, o Brasil apresenta um quadro típico de descumprimento do Direito tanto internacional quanto nacional, este fundamentado na Constituição de 1988, conhecida mundialmente como cidadã.

3. Representatividade como ponto de partida

Sem possuir “valor de uso” (CASARA, 2017, p. 54), para a lógica neoliberal regedora dos eventos do Estado Pós-Democrático, a população transexual e travesti fora sempre colocada à margem da sociedade com o intuito de se gerenciar a sua indesejabilidade. Posicionamento observado em vista do problema da representatividade (pilar fundamental para a existência da democracia) vivido por essa população.

O exercício do direito ao voto pelxs² transexuais e travestis se dá, unicamente, nos moldes formais, não é imantado por conteúdo, na me-

² O uso da consoante “x”, no lugar da especificação de gênero em sua relação binária, mulher-homem, ao longo da elaboração deste artigo, deu-se com o objetivo de incluir todas as pessoas, antes de se saber como se identificam,

didada em que elxs não conseguem se enxergar integrando o corpo político, devido à existência exígua de candidatxs, também, transexuais e travestis. Há de se ressaltar o crescimento dessxs pleiteando o Poder Legislativo nas últimas eleições nacionais, xs quais somaram 52 (número 10 vezes maior em vista das eleições de 2014), contudo número muito pequeno em relação aos mais de 27 mil candidatos.

Das 52 candidaturas trans formalizadas em 2018 – aumento o qual pode ser constatado pelo entendimento favorável do Supremo Tribunal Federal em incluir, no título de eleitor e na candidatura, o nome social e o gênero com que se identificam as pessoas trans, em março de 2018 – apenas, três mulheres trans foram eleitas. Duas deputadas estaduais em São Paulo e uma em Pernambuco refletem a participação transexual e travesti no meio político, ou seja, ainda não há representatividade em âmbito federal, dificultando a real consecução de direitos pautados nas reivindicações dessa população.

Não há interesse da máquina pública nacional em consolidar as demandas da população transexual e travesti em legislações (garantidoras de uma maior segurança jurídica). Essa parcela populacional não se mostra como uma consumidora em potencial das políticas as quais se apresentam como mercadoria.

No neoliberalismo há apenas mercadorias e a elas deve ser atribuído um valor de troca. O resto, aquilo que não tem o valor positivo de uma mercadoria deve ser eliminado. Se determinadas coisas e pessoas passaram a ser descartadas, o próprio ato de descarte tanto de pessoas quanto de coisas passou a ser valorado de forma positiva. [...] A razão neoliberal dispõe de diversas estratégias para formatar e/ou controlar esses sujeitos transformados e tratados como mercadoria. Estratégias distintas, uma para a parcela da população que não interessa à razão neoliberal (pessoas sem valor de uso) [...]. (CASARA, 2017, p. 53 – 54)

Em vista de como se dá a composição político-partidária, atualmente, no Brasil, percebe-se a admissibilidade de pautas direcionadas a maior inclusão social da população trans, frequentemente apresentadas nos discursos de políticos colocados à “esquerda” do espectro político. Todavia, o machismo e a transfobia, ainda muito presentes na sociedade, geram uma barreira tácita à efetiva participação da população T na política. Ou seja, até se tolera que se coloque os anseios dessa parcela populacional, embora minimamente, em voga, mas a existência de parlamentares transexuais e travestis (fato o qual geraria maior força para as reivindicações) ainda se restringe a casos excepcionais.

Portanto, em vista dos problemas relativos à precária representatividade política, anteriormente evidenciados, de transexuais e travestis, torna-se possível inferir a exclusão real dessa população. Associação praticável, na medida em que as relações políticas conformam a sociedade (lógica pautada na democratização tocante à articulação das decisões, representativas de poder, as quais movem o país), consubstanciando-se como fator fundamental para o caminho da aceitação concernente à normalidade em possuir o gênero dissonante ao sexo biológico.

3.1 Papéis exercidos socialmente

Seguindo o raciocínio da invisibilidade relacionada à participação da população transexual e travesti no âmbito da tomada de decisões no tocante à sociedade, há de se expor a sua periferização relacionada ao centro de convivências interpessoais.

A ausência de representatividade é também percebida no campo científico: a maioria das pesquisas acadêmicas, artigos e trabalhos que desenvolvem temas envolvendo pessoas trans são conduzidos e firmados por pesquisadores cisgênero. Não há transexuais no legislativo brasileiro, não há também nas universidades, nas empresas e, até mesmo, na educação básica. (WISNIEWSKI, 2015, p. 54)

A Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) e o Instituto Brasileiro Trans de Educação (IBTE), em dossiê de 2018³, levantaram dados que colocam 90% da população transexual e travesti dependente da prostituição como principal fonte de renda. Além de evidenciarem também que, apenas, cerca de 0,02% dessa população está na universidade. Por meio desse binômio: integrar profissões com uma pecha histórica pautada na imoralidade e não possuir graduação, basilar para uma melhor colocação no mercado de trabalho pautado como formal, é possível inferir a trajetória de vida da população trans no país, salvo raras exceções.

Primeiro, uma série de incertezas acerca de ser certo ou errado ter o gênero não condizente com o sexo biológico é imposta a ela. A partir do momento no qual decidi não lutar mais com as dúvidas sobre sua própria existência, resolvendo se portar conforme aquilo o que realmente é, a opinião pública massacra-a de manifestações intolerantes diretas (ato para restringir alguma ação da pessoa trans, agressões verbais e físicas) ou indiretas (expressões viciadas na fala).

Conviver constantemente com esse preconceito faz com que os questionamentos voltem, fazendo-a abandonar os estudos, o emprego e, quando não expulsa (caso recorrente), a casa dos pais. Como não há previsão legislativa destinada a reverter fundos do assistencialismo social para o auxílio dessa parcela da população, torna-se necessário buscar alternativas para garantir a renda destinada a tentar suprir as necessidades veementes. A ocupação imposta é circular nas ruas nos horários em que não se tem contato com a população “normal”, pois quando essa dorme não faz permanecer a constante estigmatização.

Mostra-se impossível considerar a plena eficácia dos direitos democráticos a uma população a qual vive se escondendo da constante falta de

3 A ANTRA e o IBTE são organizações as quais compõem um dos meios existentes no Brasil para suprir a negligência dos órgãos públicos de censo que não dão o devido aporte a essa parte da população. Conferir: BENEVIDES, Bruna G. (Org.); NOGUEIRA, Sayonara Naidier Bonfim (Org.). **Dossiê dos ASSASSINATOS e da violência contra TRAVESTIS e TRANSEXUAIS no Brasil em 2018**. Brasil, ANTRA, 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2019.

respeito disseminada em todos os âmbitos da sociedade. Dessa forma, nem o simples ato de comparecer às urnas no dia das eleições é plenamente assegurado, uma vez que, por ser um local público, é mais um ambiente para a reprovação da opinião pública ao próprio ser do transexual e travesti, potencializada pelo despreparo dos agentes e servidores públicos os quais representam o Estado, muitas vezes, omitindo-se ao constatar uma manifestação intolerante ou promovendo-a.

3.2 Número de assassinatos como principal dado estatístico

A permanência de práticas de não aceitação à existência de pessoas com gênero e sexo biológico diferentes, além de fazer com que transexuais e travestis ocupem a margem da sociedade, de maneira subalterna para não atraírem tanto olhares e, conseqüentemente, o julgo contumaz da população, redundando na constância de suas mortes. A conservação, em 2018⁴, do Brasil como líder do ranking de países os quais mais matam transexuais e travestis, gera a necessidade em se perquirir pela evidencição dos fatores que sustentam este fundamental impasse ao real acesso de direitos pela população T.

Porém, é necessário trazer a contraposição com outro dado relacionado a transexuais, travestis e ao Brasil. Segundo pesquisa realizada pelo site pornográfico *RedTube*, em 2015⁵, usuários do país são aqueles que mais buscam por vídeos com integrantes referentes à parcela da população. Essa lógica de encanto e curiosidade, redundando no ódio e na manifestação da violência concretiza-se na introspecção, por parte da

4 A ONG TGEU, *Transgender Europe*, é uma entidade internacional que visa à proteção dos direitos das pessoas trans ao redor do mundo, por meio de atos os quais pretendem tirá-las da invisibilidade. Um desses atos é o lançamento de dados para evidenciar a recorrente violência sofrida por essa parcela da população. Foram contabilizados 167 assassinatos de transexuais entre o dia 1º de outubro de 2017 e 30 de setembro de 2018, no Brasil. Disponível, em inglês, em: <https://transrespect.org/wp-content/uploads/2018/11/TvT_TMM_TDoR2018_PR_EN.pdf>. Acesso em: 4 jun. 2019.

5 A busca por vídeos com pessoas trans se consubstancia como o quarto tópico mais procurado pelos brasileiros, ocupando o nono tópico do ranking mundial. Pessoas advindas do Brasil, segundo a pesquisa, têm 89% mais chances de procurar sobre transexuais e travestis. Disponível, em inglês, em: <<https://www.pornhub.com/insights/redtube-brazil>>. Acesso em: 8 jun. 2019.

maioria social, da população transexual e travesti como pertencente à categoria “monstro” (JUNIOR, 2012, p. 565).

Há de se ressaltar a elevada possibilidade de o número de assassinatos de transexuais e travestis ser maior do que os usados para efetuar a supracitada classificação do país. Possibilidade existente, principalmente, por três fatores conexos: descaso dos agentes estatais, aumento das taxas de subnotificação e dificuldade em não ser categorizado com a “oficialidade” de um órgão de pesquisa estatal. O primeiro é reflexo do grande estigma existente no país, o qual gera tratamento inadequado com as vítimas dessa parcela da população, por exemplo: precariedade descritiva presente nos inquéritos policiais (existindo casos em que xs mortxs são registradxs como “homens” ou “homossexuais”), bem como demora para a sua execução.

Também, no levantamento de dados citado anteriormente está presente um aumento de 30% nas taxas de subnotificação relacionadas à veiculação das ocorrências dos assassinatos pela mídia, o que gera a falsa impressão de uma diminuição dos casos em números absolutos. Por fim, tem-se a dificuldade constante em se tomar contato com documentos relativos à composição dos dados, decorrente de essas associações não comporem um órgão oficial de pesquisa, possuidor de maiores verbas destinadas à procura, como também de maior colaboração daqueles que possuem as fontes dos dados.

Contudo, está aí o importante papel integrador dessas associações as quais investigam acerca das pessoas trans, na medida em que, no Brasil, nenhum órgão do governo destinou pesquisas específicas à população T, a exemplo de censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) ou estudos do Instituto de Pesquisa Aplicada (IPEA), materializando a sua invisibilidade social, notadamente, com bases institucionais.

Em vista desses dados, bem como da possibilidade de serem maiores, há de se destacar

o fato de só se conseguir mensurar a elevada quantidade de transexuais e travestis existente hoje no país com base em números provenientes de seus assassinatos. Invisibilidade a qual, ainda, pode disseminar seus efeitos na hora da morte dessa população, em via da indignância no momento de seu enterro, muito recorrente dada a falta de documentos de registro resultante de uma saída atribulada de casa e que, em muitos casos, se dá ainda na infância (NOGUEIRA, 2018, p. 221).

Infere-se, portanto, que, em vista da realidade atual do país, é impossível considerar o real exercer dos direitos democráticos, embora de maneira mínima, pela população T. Afirmação embasada naquilo o qual a democracia traz como pressuposto mais básico: a ideia de igualdade, tanto atinente ao respeito como à consideração. Respeito inexistente, em vista do pensamento majoritário, em relação à própria existência do transexual e do travesti, desconsiderada em seu âmbito primeiro, a vida (guardada, constitucionalmente, a “inviolabilidade” desse direito, “sem distinção de qualquer natureza” – *caput* art. 5º da CF/88). A ineficácia do direito à vida, previsto constitucionalmente, relacionada à população trans tem bases sociais e institucionais. As primeiras mostram-se na repulsa, lógica do monstro, embasada em uma intolerância incrustada na sociedade, as quais não terão amplas perspectivas de se dissiparem enquanto perdurar uma negligência institucional aos perigos diariamente vividos por transexuais e travestis, fundamental para a ineficácia do direito observado.

Isto é, o constante risco presente no modo de vivência, imposto pelas bases sociais marcadas pelo preconceito, ao qual transexuais e travestis estão submetidxs (principalmente em vista dos perigos existentes no campo da prostituição) reflete nos assassinatos como principais dados para a mensuração de sua existência. A constante preocupação em manter-se viva é a crucial barreira existente para a efetivação dos direitos democráticos dessa parcela da população.

4. Danos morais: caso da mulher transexual no STF

Apesar de se viver em mundo globalizado, onde todos podem ter acesso à informação e conhecer pessoas diferentes umas das outras, ainda existe muito preconceito, principalmente o direcionado à população T. Discriminação a qual é potencializada, uma vez que provém do próprio Estado brasileiro, ou seja, o governo com suas atitudes acaba ajudando a perpetuar esse preconceito na sociedade.

Exemplo disso é o Recurso Extraordinário (RE) 845.779/SC, no qual a recorrente, Ama (registrada conforme seu sexo biológico como André dos Santos Filho) ao entrar no banheiro feminino do Beiramar Shopping, em Florianópolis, foi abordada por uma funcionária que a forçou sair do recinto, alegando que sua presença causaria constrangimento às outras mulheres. Devido a isso e ao fato de que estava nervosa com a situação constrangedora, Ama não conseguiu controlar suas necessidades fisiológicas, urinando nas roupas dentro de um ônibus quando voltava para a casa. Como indenização, processou o estabelecimento em R\$ 15 mil pelos danos morais sofridos. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina não admitiu seu recurso, concluindo que “o único acontecimento que ficou demonstrado nos autos foi o fato de **o requerente** ter sido **abordado** no toailete feminino por uma funcionária do shopping, que solicitou a **ele** que fizesse uso do banheiro masculino” (sem grifos no original). O Tribunal de Santa Catarina, na figura do juiz representante do caso, deixou claro que a situação pela qual passou Ama constituía, apenas, um “mero dissabor”.

Com a recusa do Tribunal em aceitar o recurso, a tramitação do processo se estendeu ao Supremo Tribunal Federal. Devido à repercussão do ocorrido, o Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, reconheceu que este processo era de suma importância para a sociedade, pois mostra a realidade de descaso e de intolerância que as pessoas trans vivem no país e envolve a discussão sobre o alcance de direitos fundamentais de minorias. Ao final do processo o STF, por maioria, decidiu a

favor de Ama, ou seja, os ministros julgaram procedente o pedido de indenização por ter havido a violação da dignidade da pessoa humana.

4.1 A discussão sobre o “mero dissabor”

Levando em consideração o caso anteriormente citado pode-se perceber que ainda há discriminação e preconceito por parte não só da sociedade, como também do Estado, em relação às pessoas que não se identificam com o seu sexo biológico, as quais continuam sendo impedidas de exercer os mínimos direitos fundamentais (previstos na Constituição Federal) necessários para se viver com dignidade.

Ao tratar do caso, o juiz do Tribunal de Justiça de Santa Catarina utilizou a expressão “mero dissabor”, referindo-se ao acontecido com Ama, que foi considerado “meramente” um sentimento de desconforto e desagrado. A partir disso, ainda é possível identificar diversos casos semelhantes a esse, na medida em que Ama não foi e nem será a última transexual a passar por situações constrangedoras e ridicularizantes como essa. Isso só mostra que o problema reside na intolerância com a qual transexuais e travestis são tratadxs pela sociedade e infelizmente esse tratamento é o mesmo que recebem do sistema judiciário.

Na época da repercussão do caso, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, argumentou que “a 'orientação sexual' e a 'identidade de gênero' são essenciais para a dignidade e a humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso.” Levando isso em consideração, as circunstâncias vivenciadas por Ama deixam claro que houve discriminação devido a sua identidade de gênero por parte do shopping, o que fere o art. 5º da Constituição Brasileira, o qual diz que todos são iguais e que devem ter direito a uma vida digna.

Além disso, o ministro Barroso destacou que o tema envolvendo a população T diz respeito à igualdade na dimensão do reconhecimento e está relacionado à aceitação de quem é diferente.

O remédio contra a discriminação das minorias em geral, particularmente dos transgêneros, envolve uma transformação cultural capaz de criar um mundo aberto à diferença, onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago para ser respeitado (Luís Roberto Barroso)

Outrossim, não é possível que uma pessoa seja tratada socialmente como se pertencesse a um gênero diferente do qual se identifica e se apresenta publicamente, pois a identidade sexual está protegida pelos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana previstos na Constituição e no Código Civil Brasileiro.

Portanto, conclui-se que o constrangimento ao qual não só Ama, mas outras pessoas trans são submetidxs diariamente está pura e simplesmente atrelado a não aceitação de pessoas “diferentes” por parte da maioria da população e que falas e decisões como a do Tribunal de Santa Catarina só corroboram e agravam a situação de crise social e democrática a qual o Brasil enfrenta nos dias atuais.

5. A criação de estatutos e a questão da capacidade jurídica

A discussão a respeito da possibilidade de criação de um estatuto específico e exclusivo à população T parece brigar de certa forma com a garantia de capacidade jurídica a qual as pessoas trans teriam ou deixariam de ter. Para que haja uma breve comparação, há, no Brasil, alguns estatutos que garantem uma melhor realização de capacidades concernentes às crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência.

Esses estatutos são fruto de projetos de leis distintos que tinham em comum o objetivo de assegurar de maneira mais eficiente os direitos e garantias dessas pessoas envolvidas. Cada um desses grupos, no entanto, não é composto por pessoas desprendidas de capacidade jurídica, e, muito diferente do que se imagina, esses estatutos servem como reguladores do que se chama de igualdade material.

Do que se sabe sobre capacidade jurídica, tem-se pelo Código Civil Brasileiro que essa significa a medida de personalidade jurídica pela qual cada indivíduo é acometido, sendo assim a capacidade a qual cada um possui de exercer e gozar de seus direitos. O Código Civil, apesar de ter algumas exceções legais sobre a incapacidade de um indivíduo, não exclui ao exercer de direitos por crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência. No entanto, no que diz respeito à criação de um Estatuto específico para transexuais e travestis, não seria considerado da mesma forma como os já existentes no país. A questão de fragilidade de atuação social dessa parte da população mais diz respeito à aceitação social do que à lógica do Direito em si.

O que significa dizer que transexuais e travestis, se fossem socialmente considerados iguais, sem distinção em qualquer área de sua vida privada e pública, não sofreriam alguma depreciação em relações jurídicas pelo simples fato de serem transexuais e travestis, porém sim por outros possíveis papéis (consumidor, potencial idoso, criança ou adolescente).

Essa questão, no entanto, é mais possível de ser resolvida pela inclusão através de medidas protetivas positivas, a exemplo das Ações Afirmativas, já citadas, do que com a criação de um Estatuto o qual garantiria proteção eterna a essa parcela da população, considerando a sua fragilidade social como intrínseca à existência. Essa sujeição de transexuais à eterna incapacidade social levaria a uma desmotivação da luta por elevação igual de atuações sociais e por isso seria um erro de ser aplicada, na prática. À medida que se absorve mais esse raciocínio, percebe-se o quão cruel é o fato da existência de alguém ser motivo para a possibilidade de enquadrá-lo como eterno necessitado de respaldo por meio de Estatuto, uma barreira à efetiva ação da população T na sociedade.

A situação em que se comporta a população trans não é a mesma em que se encaixam as pessoas com deficiência, por exemplo, e isso passa a ficar mais claro a partir do raciocínio de que uma pessoa com deficiência motora, a qual necessita de cadeira de rodas, sempre irá pre-

cisar de uma rampa de acesso em calçadas para poder usufruir perfeitamente de sua capacidade jurídica, ao passo que a população trans necessita atualmente de respaldo para, por exemplo, a utilização do nome social, fato que não pretende ser eternamente verdadeiro, tendo em vista a finalidade real do fim da discriminação social em relação a essa população.

5.1 Consequências da legislação: exclusão ou protagonismo?

Tendo como base a discussão realizada em relação à criação de estatutos, entende-se mais fácil e faz-se mais simples a resposta, ou tentativa, do que seria a confecção de leis as quais respaldam essa população. Partindo do pressuposto de que a população T é uma das mais necessitadas de visibilidade atualmente, enxerga-se como urgente a questão da realização de alguma medida que possa garantir de maneira geral uma restauração democrática no sentido de que seria importante se discutir em propostas políticas, por exemplo, sobre questões LGBTs, mais especificamente nesse caso sobre transexuais e travestis. A criação de um estatuto específico, no entanto, não se conclui satisfatória, à medida que se percebeu a maior estagnação da luta por protagonismo.

Porém, essa conclusão não retira a possibilidade de se pensar na criação de leis que poderiam ser mais eficientes no sentido de que incluiriam de forma real a população trans na vida em sociedade. Segundo Maria Tereza Sadek, em seu texto “Acesso a Justiça: um direito e seus obstáculos”, a justiça atual do Brasil é lenta em todos os seus sentidos, no entanto, o que mais se enxerga em número de processos muitas vezes são os relacionados a contas e assuntos do próprio governo, o que atrapalha e incha o judiciário, pela ocupação de espaços que deveriam ser destinados a casos reais de importância mais veemente.

Tendo em vista essa exemplificação sobre como a justiça brasileira funciona, pode-se pensar em como ela atuaria em relação aos casos que envolvessem transexuais e travestis (principalmente em casos da justiça

comum, na qual os processos são lentos e possíveis de serem corrompidos), sabendo, pelo texto de Sadek, que a justiça já é reclusa e indiferente em relação ao grupo de pessoas pobres, também alijadas socialmente. Para imaginar como a justiça atua em casos que envolvem transexuais e travestis, é possível comparar essa situação a casos em que elxs se envolvem em crimes. Baseado em uma pesquisa feita por estudantes da Universidade Federal de Minas Gerais, em parceria com o Ministério Público de Minas Gerais, por meio de um vídeo enviado à plataforma digital do Youtube, esses estudantes, com a orientação de um professor regente, pesquisaram sobre a forma como são tratados casos na Polícia Civil em que transexuais e travestis são possíveis vítimas, agressores ou são testemunhas. No vídeo citado, alguns alunos falam sobre a desconsideração dos fatos quando são vítimas ou testemunhas e, também, tratam da associação direta com o tráfico de drogas e prostituição quando são potenciais agressorxs ou suspeitxs de algum crime.

Esses exemplos demonstram a real necessidade, e a interligada relação de uma “desdemocratização” no que diz respeito à população T. A criação de leis, no entanto, seria uma medida, em um primeiro momento, de elevada consideração social dessa população perante o Legislativo, sendo que essa questão nunca foi pauta de discussão para possível criação de lei, apesar de já terem sido articulados projetos sobre esse assunto. O Legislativo em si, por nunca ter pautado ações dessa maneira, toma certa parcela de culpa no que diz respeito ao constante alijamento social dessa população. Ainda não foi legislado dispositivo no Brasil referente à utilização do nome social, fato esse que passa a impossibilitar, de certa forma, a aplicação de alguma Ação Afirmativa, a qual tem alto teor educativo e eficiente, por se tratar de uma atuação temporária, para essa parcela da população. Essa temporariedade, nesse caso, deve ser muito bem tratada na diferenciação da importância que cada assunto deveria ter em determinado tempo histórico. A questão crucial a ser debatida é a necessidade de fazer tais atuações legais temporárias, a fim de existir a inclusão real e natural dessas pessoas. No entanto, essa sistematização de

ideias entra em um forte embate no quesito democrático de cada situação do Brasil.

O quesito a ser tratado interessa em definir um conceito único de democracia, situação de quase impossibilidade para realização. O objetivo diante disso se insere no tocante à naturalização da população transexual e travesti em todos os modelos de ideais políticos do que seria uma democracia perfeita. Dessa forma, o processo de sucesso democrático, nesse ponto, se baseia inicialmente em medidas preventivas com realizações de práticas mais severas, apesar de não ser esse um ideal com inspiração em um futuro de naturalização da existência real de pessoas que não se identificam com o sexo com o qual nasceram, e o fato dessa situação não interferir em nada concernente ao respeito à vida social, no seu sentido econômico, de relações sociais e pessoais das pessoas trans.

5.2 A criminalização: medida preventiva ou efetiva?

Levando em consideração os pontos citados no tópico anterior, fica evidente que a possível criminalização da transfobia seria uma medida mais preventiva do que efetiva, pois essa medida apenas puniria ações, o que não levaria a sociedade a parar de ser intolerante com pessoas trans. Como foi anteriormente falado, a solução contra a discriminação, segundo o ministro Barroso, sofrida por essa minoria, envolve uma transformação cultural, ou seja, a sociedade precisa começar a aceitar aqueles que são considerados diferentes.

Além disso, deve-se ponderar se as penas que essa criminalização acarretaria seriam cumpridas ou não, e se os processos decorrentes disso não ficariam presos nos tribunais por anos até serem dados como encerrados e obterem respostas judiciais, já que, como foi falado anteriormente, a justiça no Brasil funciona de forma muito morosa. Com isso, pode-se concluir que a luta dxs transexuais e travestis por representatividade continuaria estagnada e isso não garantiria o acesso aos direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Entretanto, vale ressaltar que a criminalização provavelmente ajudaria na diminuição do número de assassinatos da população T, pois as penas seriam maiores e mais severas. Ademais, existem outras medidas que podem ser tomadas a fim de diminuir a intolerância presente na sociedade e aumentar a representatividade da população trans na democracia brasileira, como, por exemplo, exigir que se tenha aulas de educação sexual nas escolas públicas e privadas e designar xs trans para cargos no governo.

É de suma importância destacar também a recente decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à criminalização da LGBTfobia. Por 8 votos a 3 o STF julgou que a intolerância direcionada à população LGBT seja enquadrada no racismo, ou seja, agora a LGBTfobia é considerada um crime e deve ser tratada como tal.

Contudo, essa é uma decisão inconstitucional, pois, segundo o art. 1º do Código de Direito Penal Brasileiro, “não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal”. Portanto, o STF não poderia ter criminalizado a LGBTfobia, já que não existe uma lei anterior específica que a enquadre.

Isso só mostra como a democracia brasileira está enfrentando um colapso, pois não existe respeito entre os poderes Judiciário e Legislativo, já que, no caso da criminalização, o Legislativo deveria primeiro criar a lei para depois o Judiciário dispor de mecanismos que garantam a sua exigibilidade. Logo, esses dois poderes não se mostram independentes um do outro, o que fere o art. 2º da Constituição Federal, o qual diz que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Desse modo, pode-se inferir que a criminalização seria uma medida boa em apenas alguns aspectos, em outros ela seria insuficiente e não seria um utensílio para garantir a representatividade, a qual ajudaria na inclusão da população trans em meio à sociedade. Outrossim, conclui-se que a democracia brasileira realmente encontra-se em crise e prova disso

é o embate entre os poderes Judiciário e Legislativo, os quais não se respeitam e não estão cumprindo suas funções.

6. Conclusão

Levando em consideração tudo o que fora até aqui apresentado, torna-se possível de apreender um impedimento ao exercício dos direitos democráticos, os quais são constitucionalmente previstos a toda população, relacionado à população T. Desse modo, é possível afirmar que há um colapso da democracia atual, tomando por base a situação em que transexuais e travestis se encontram.

Além disso, constata-se que os direitos fundamentais dxs trans não estão garantidos de forma eficaz por mais que eles estejam na Constituição. Devido a isso, elxs ficam às margens da sociedade e ocupam cargos de trabalho os quais são vistos com “maus olhos” pela população e são vítimas constantes de violência, já que o Brasil é o país que mais mata transexuais e travestis, atualmente.

Ademais, infere-se também que a criação de um estatuto específico para pessoas trans não seria oportuno, pois discriminaria mais ainda essa parcela populacional e xs colocaria em uma situação de incapacidade, juridicamente falando. A criminalização da transfobia também não seria de muita ajuda, já que o sistema de justiça brasileiro é falho em diversos aspectos, com maior notabilidade à lentidão.

Contudo, nesta pesquisa, buscou-se analisar como seria executável uma alteração dessa realidade nacional. Propostas no âmbito da prática jurídica, tanto no tocante à elaboração legislativa quanto à difusão jurisprudencial progressista, foram exploradas com a intenção de lançar bases para que a população trans seja incluída na sociedade e tenha seus direitos fundamentais garantidos. Ou seja, propõe-se viver um aprofundado da realidade democrática por transexuais e travestis. Viável, apenas, com a representatividade dessa população no âmbito político e com a convivência pacífica em meio aos cisnormativos.

Referências

- BENEVIDES, Bruna G. (Org.); NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim (Org.). **Dossiê dos ASSASSINATOS e da violência contra TRAVESTIS e TRANSEXUAIS no Brasil em 2018**. Brasil, ANTRA, 2019. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contr-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Senado, 1988.
- CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Estado Pós-Democrático: Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. 240 p.
- EDRIGO, Camila Paese; DIAS, Maria Berenice; NOVAES, Rosângela. **Multiplicidade e Direito: As novas cores do ordenamento jurídico brasileiro: artigos e fotos selecionados**. Bento Gonçalves: Associação Refletindo O Direito, 2015. 400 p. 18
- LEITE JUNIOR, Jorge. Transitar para onde?: monstruosidade, (des)patologização, (in)segurança social e identidades transgêneras. *Revista Estudos Feministas, Florianópolis*, v.20, n.2, pp.559-568, mai.-ago. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-026X2012000200016>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ref/v20n2/v20n2a16.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2019.
- NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. Da Cartografia da Resistência ao Observatório da Violência contra Pessoas Trans no Brasil. **Revista Latino Americana de Geografia e Gênero**, v. 9, n. 1, p. 220-225, 2018. ISSN 2177-2886.
- PESQUISA do NUH aponta desigualdade de acesso à justiça por travestis e transexuais. Programa Diálogos Comunitários. Youtube. 14 jun. 2017. 6min17s. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=7bdeTEKsR-Y>. Acesso em: 17 jun. 2019.
- PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cad. Pesqui.**, São Paulo, v.35, n.24, p.43-55, abr. 2005. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0100-15742005000100004>. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.
- REDTUBE (Estados Unidos da América). **RedTube & Brazil**. 2016. Disponível em: <https://www.pornhub.com/insights/redtube-brazil>. Acesso em: 8 jun. 2019.

ROLOFF, Aion et al. O uso do "x" como marca de gênero no facebook®: uma análise sociolinguística. **Revista Versalete**, Curitiba, v. 3, n. 4, p.26-42, jan.-jun. 2015. Disponível em: <http://www.revistaversalete.ufpr.br/edicoes/vol3-04/26AionRolloff.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2019.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos. **Revista Usp**, São Paulo, n. 101, p.55-66, mar. 2014. DOI: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.voi101p55-66>. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/87814/90736>. Acesso em: 17 jun. 2019.

STF. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RG RE 845779 SC - SANTA CATARINA 0057248-27.2013.8.24.0000. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJ: 13/11/2014. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628889/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-845779-sc-santa-catarina-0057248-2720138240000/inteiro-teor-311628897>. Aces so em: 18 jun. 2019.

TGEU. Sítio eletrônico oficial. Disponível em: <https://tgeu.org/>. Acesso em: 4 jun. 2019.

O currículo oculto de gênero presente nas bibliografias das turmas de graduação da faculdade de direito da Universidade Federal do Pará (UFPA)

*Beatriz Carneiro André*¹

1. Introdução

Currículo oculto é um conceito desenvolvido na área de psicologia e sociologia da educação, utilizado para analisar a educação como um processo de socialização, submetido a “padrões de comportamentos, normas sociais, expectativas e visões de mundo que conformam e afetam o processo de ensino-aprendizagem” (CEREZETTI et al, 2019, p.11). Ou seja:

[...]uma série de questões debatidas no campo da educação, que ora enfocam a universidade (e as instituições de educação em geral) como estrutura de reprodução social e normalização, ora como espaço de transformação. A tensão estabelecida entre esses enfoques perpassa nossa pesquisa. Nela, as interações intersubjetivas cotidianas emergem como uma dimensão constitutiva dos processos sociais de ensino-aprendizagem, que moldam e são moldados pelos sujeitos neles implicados. Essas interações são marcadas por um “currículo oculto” (ZAIDMAN, 2009, p. 84): são conteúdos que, embora não formalmente categorizados como saberes a serem aprendidos (ou seja, como conteúdo programático), são informal e sistematicamente reproduzidos num determinado espaço educacional (ZAIDMAN, 2009, p.84 apud CEREZETTI et al, 2019, p. 10-11).

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Militante da Juventude Nacional Afronte. Coordenadora do Grupo de Estudos Marielle Franco (GEMF). E-mail: beatrizcarneiro29@gmail.com.

Dentro do currículo oculto, existe uma análise referente a discriminação baseada em gênero, visto que, segundo a teoria crítica feminista, existe uma dinâmica de estereótipos e de relações de poder, socialmente estabelecidas, em relação ao gênero, sobretudo feminino. Tal dinâmica sustentada pela teoria crítica feminista é evidenciada pela negligência as pautas referentes as mulheres nos espaços públicos e de poder, os tornando tópicos para o ambiente privado (o lar), submetendo as mulheres a situações de inferioridade, violência e violações a sua dignidade; a divisão sexual do trabalho, caracterizada pela sujeição das mulheres a trabalhos que são socialmente determinados como intrínseco a sua “natureza biológica” (do gênero feminino), como, por exemplo, o trabalho doméstico (reprodução social), o qual em muitas situações é um trabalho gratuito já que ele é naturalizado como um trabalho exclusivo de um determinado gênero, e como é um trabalho naturalizado ao gênero feminino, ele é bastante desvalorizado, até mesmo é questionado a sua tipificação de trabalho, por não ser um problema que atinge o sujeito moderno (sujeito masculino); a questão da reprodução social afeta as mulheres por ter sido naturalizado a elas o desempenho do cuidado, tirando a responsabilidade do Estado de garantir esse cuidado a todos, e por certos cuidados serem privatizados, os quais afetam diretamente mulheres que não possuem poder aquisitivo para adquirir esse cuidado – resultando em uma sobrecarga de tarefas a essa mulher, visto que geralmente é a provedora econômica da família e ao mesmo tempo a garantidora do cuidado adequado para si e para seus dependentes (ARRUZZA; BHATTACHARYA; FRASER, 2019); (BEAUVOIR, 1949); (BIROLI, 2018). Dessa forma, fez-se necessário começar a analisar como essas relações de poder e estereótipos de gênero afetam o processo de ensino-aprendizagem da sociedade, e assim, originou-se os estudos do currículo oculto de gênero.

O currículo oculto de gênero é ainda mais evidente quando se analisa o ambiente acadêmico do ensino superior. No cenário mundial, de

acordo com os dados do relatório *Womenis Science*, publicado em 2018 pela Unesco, apenas 28,8% dos pesquisadores do mundo são mulheres. Além disso, no mesmo relatório, as mulheres publicam menos artigos, têm menos colaborações internacionais, menor mobilidade acadêmica e apenas 14% são inventoras listadas em patentes. No Brasil, segundo a Organização dos Estados Ibero-americanos, as mulheres assinam 72% dos artigos científicos publicados pelo país. Entretanto, apesar de assinarem a maioria dos artigos científicos e ocuparem de forma expressiva o ambiente acadêmico brasileiro – de acordo com o Censo da Educação Superior, de 2012, nas universidades são 3.286.415 matrículas femininas, contra 2.637.423 masculinas, e as mulheres representam 60% dos bolsistas da CAPES na pós-graduação e nos programas de formação de professores –, o número de mulheres pesquisadoras que publicam, segundo a Organização dos Estados Ibero-americanos, é menor que o dos homens, representando 49% dos autores.

Além disso, muitas mulheres que se encontram presentes no ambiente acadêmico reportam que permanecer nesse espaço é bastante complicado quando se é mulher. Na *Revista RADIS*, em uma entrevista – intitulada *Palavra de Pesquisadora* – realizada com quatro cientistas brasileiras, de diversas áreas de estudos, sobre suas vivências dentro do espaço acadêmico, as acadêmicas entrevistadas relatam que lhes é demandado, por serem mulheres, um comportamento masculino, um comportamento autoritário, atribuindo a um comportamento dito feminino como um aspecto negativo, e não neutro; também, foi relatado que o ambiente acadêmico é despreparado para demandas das mulheres pesquisadoras, como a maternidade, a pesquisadora Thais Florencio relatou que durante o seu período de gravidez foi muito difícil conseguir entrar de licença-maternidade no seu pós-doutorado na Universidade de São Paulo (USP):

[...]“Tinha muita confusão em termos de informação. A princípio a secretaria do curso interpretava que a licença-maternidade só se adequava a pesquisadoras de mestrado e doutorado. Depois descobri com a Capes que poderia ter

quatro meses de licença. No entanto, eu tinha uma bolsa de um ano, que se encerrava em 30 de novembro, pouco antes da data prevista para o parto”. [...] “Os meses de licença não seriam adicionados ao prazo para o desenvolvimento do projeto. Aquilo que havia sido programado para ser feito ao longo de um ano teve que ser feito em oito meses”. Devido a problemas de amamentação, a mãe de Ana Rosa [Thais Florencio] precisou de mais três meses de licença, o que deixou o tempo de execução do projeto de pesquisa ainda mais reduzido. “Na prática, eu tive direito à licença, mas não direito a desenvolver minha pesquisa como gostaria. Um tanto frustrante para uma pesquisadora”, resume (FLORENCIO apud BATALHA, 2019, p.20).

Dessa forma, com o debate teórico e analítico supracitado, faz-se necessário desenvolver uma pesquisa sobre a existência do currículo oculto de gênero no curso de direito da Universidade Federal do Pará, visto que é um curso que vem com uma grande inserção de mulheres na sua graduação – segundo o Censo de Educação Superior, 486.422 mulheres matricularam-se no curso de direito, no ano de 2017, sendo maior que as matrículas efetuadas pelos homens, 392.812 –, e por pertencer ao ensino superior brasileiro, que possui um histórico de discriminação baseada em gênero no ambiente acadêmico. Com o intuito de acrescentar na reflexão sobre as práticas de aprendizado e de produção do conhecimento no ensino jurídico da instituição, este artigo analisará as bibliografias das turmas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, pois a bibliografia representa os tipos de conhecimentos valorizados em uma instituição de ensino e os reflexos sociais (hierarquias e padrões sociais), sobretudo interações de gênero, daquela localidade.

2. Metodologia

A pesquisa foi realizada com base nos componentes curriculares da estrutura curricular, entrada em vigor no período 2017.2, do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará, no período letivo 2019.2. As turmas de graduação analisadas foram: 010/2019, referente

ao primeiro semestre do curso de direito; 040/2018 e 060/2018, referentes ao segundo semestre do curso de direito; e, por fim, 050/2018 e 010/2018, referentes ao terceiro semestre do curso de direito. Em cada turma foi analisado as bibliografias básicas e complementares, as quais são encontradas nos planos de ensino e/ou no Sistema Integrado de Gestão de Atividades Acadêmicas (Sigaa) da universidade, essas bibliografias são escolhidas e sugeridas pelos docentes responsáveis pelos componentes curriculares. Consequente, após análise das bibliografias foi recolhido os seus dados: número de bibliografias básicas e complementares por componente curricular, e com base nesse número foi subdividido as bibliografias básicas e complementares de autoria de mulheres.

A forma que foi feita a subdivisão de gênero supracitada foi baseada na lógica binária, homem-mulher, isto é, “a partir de aspectos culturais, simbólicos e estereotipados de feminilidades e masculinidades” (CEREZETTI et al, 2019, p.12).

2.1 Por que as bibliografias como objeto de pesquisa?

As bibliografias são de suma importância no processo de ensino-aprendizagem das graduações, visto que constroem conhecimentos, introduzem debates, propagam teorias, veiculam multiplicidade de perspectivas e induzem a reflexões. Por isso, faz-se importante tê-la como objeto de estudos porque as bibliografias permeiam as demandas da sociedade – pois, é depositado nessas bibliografias o que seria essencial para o graduando aprender e exercer nos seus estudos e profissão – e as interações (de raça, gênero, classe e entre outras transversalidades) presentes nas salas de aulas.

Para o Ministério da Educação, as bibliografias são:

[...]registro de documentos, livros, inventários, escritos, impressos ou quaisquer gravações que venham a servir como fonte para consulta, organizada pela identificação de cada uma das obras que constitui a bibliografia, por

meio de elementos como o autor, o título, o local de edição, a editora e outros de caráter básico (MEC, 2012, p. 28).

Ademais, segundo o *Instrumento de avaliação de cursos de graduação presencial e a distância*, produzido pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), as bibliografias são divididas entre “bibliografias básicas” e “bibliografias complementares”: a primeira se refere a lista de referências, composta por livros ou documentos catalogados na biblioteca da instituição, indicados pelo professor como leitura indispensável para a formação do aluno, e que possam ser consultados/emprestados pela biblioteca; a última se refere a lista de referências, composta por livros ou documentos catalogados na biblioteca da instituição, indicados pelo professor como leitura complementar para a formação do aluno, e que possam ser consultados/emprestados pela biblioteca. Ademais, as bibliografias básicas e complementares são disponíveis no plano de ensino, conforme Resolução CNE/CES N° 9/2004, Art. 9º, Parágrafo único:

Parágrafo único. Os planos de ensino, a serem fornecidos aos alunos antes do início de cada período letivo, deverão conter, além dos conteúdos e das atividades, a metodologia do processo de ensino-aprendizagem, os critérios de avaliação a que serão submetidos e a bibliografia básica (CNE, 2004, p. 17).

Além disso, a função de escolher e organizar quais serão as bibliografias básicas e complementares de um componente curricular é dada a coordenação do curso da faculdade e/ou ao docente da área, em conjunto com a biblioteca da instituição para priorizar bibliografias disponíveis no acervo, com a finalidade de facilitar o acesso dessas leituras aos discentes.

3. Resultados

A seguir segue a tabela dos dados recolhidos da pesquisa e uma legenda para a melhor compreensão dos resultados:

Tabela 1 – Dados recolhidos da pesquisa

SEMESTRE	COMPONENTE CURRICULAR	BIBLIOGRAFIABÁSICA	BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR	B	C
1	DIREITO E SOCIEDADE	3	5	1	0
1	ESTADO E DEMOCRACIA	3	6	1	0
1	HISTÓRIA DO PENSAMENTO JURÍDICO	3	5	0	0
1	TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	3	6	0	0
1	TEORIA DO DIREITO CIVIL	3	2	0	0
2	DIREITOS FUNDAMENTAIS	3	4	0	0
2	DIREITOS HUMANOS	*	*	*	*
2	ECONOMIA POLÍTICA	1	3	0	2
2	TEORIA DO DIREITO	9	0	0	0
2	TEORIA DO DIREITO PENAL	3	6	1	1
2	TEORIA DAS OBRIGAÇÕES	0	3	0	0
3	CONTRATOS	*	*	*	*
3	DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	3	5	0	0
3	ÉTICA JURÍDICA	15	2	2	1
3	ORGANIZAÇÃO DO ESTADO E DOS PODERES	3	5	0	1
3	TEORIA DO DELITO	3	5	0	0
3	TEORIA DO PROCESSO CIVIL	0	18	0	1

Fonte: Elaborada pela autora do artigo.

Tabela 2 - Legenda da tabela de dados recolhidos da pesquisa (tabela 1)

PRIMEIRA COLUNA VERTICAL	SEMESTRE
SEGUNDA COLUNA VERTICAL	COMPONENTE CURRICULAR
TERCEIRA COLUNA VERTICAL	BIBLIOGRAFIA BÁSICA
QUARTA COLUNA VERTICAL	BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR
QUINTA COLUNA VERTICAL	BIBLIOGRAFIA BÁSICA DE AUTORIA DE MULHERES
SEXTA COLUNA VERTICAL	BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTAR DE AUTORIA DE MULHERES
* (ASTERÍSTICO)	BIBLIOGRAFIA INDISPONÍVEL

Fonte: Elaborada pela autora do artigo.

Dessa forma, os resultados da pesquisa em relação as bibliografias básicas foram: no primeiro semestre do curso de Direito, de 15 bibliografias básicas, 2 são de autoria de mulheres; no segundo semestre do curso de Direito, de 17 bibliografias básicas, 1 é de autoria de mulheres; no terceiro semestre do curso de Direito, de 24 bibliografias básicas, 2 são de autoria de mulheres; ao todo, de 55 bibliografias básicas, 5 são de autoria de mulheres. Enquanto nas bibliografias complementares, os resultados foram: no primeiro semestre do curso de Direito, de 24 bibliografias complementares, 0 são de autoria de mulheres; no segundo semestre do curso de Direito, de 12 bibliografias complementares, 3 são de autoria de mulheres; no terceiro semestre do curso de Direito, de 35 bibliografias complementares, 3 são de autoria de mulheres; ao todo, de 71 bibliografias complementares, 6 são de autoria de mulheres.

4. Análise da pesquisa

Os resultados da pesquisa, evidenciam que não há uma paridade de gênero nas bibliografias das turmas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, ficando evidente que predominam as linhas de pensamentos publicadas por homens na instituição, fortalecendo processos de epistemicídios – destruição de formas de conhecimento e

culturas que não são assimiladas pela cultura eurocêntrica, patriarcal, branca e heteronormativa – que resultam em silenciamentos de outros lugares de falas, destacados por Djamila Ribeiro, na orelha do seu livro *O que é lugar de fala?* (2017):

Muito tem se falado ultimamente sobre o conceito de lugar de fala e muitas polêmicas acerca do tema têm surgido. Fazendo o questionamento de quem tem direito à voz numa sociedade que tem como norma a branquitude, masculinidade e heterossexualidade, o conceito se faz importante para desestabilizar as normas vigentes e trazer a importância de se pensar no rompimento de uma voz única com o objetivo de propiciar uma multiplicidade de vozes. Pensar outros lugares de fala passa pela importância de se trazer outras perspectivas que rompam com a história única (RIBEIRO, 2017).

Grada Kilomba (2010), no capítulo *Who Can Speak?* (Quem Pode Falar?) do livro *Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism* (Memórias do Plantation: Episódios do Racismo Cotidiano), explana como a academia universitária é um espaço de violência para as falas que destoam da “epistemologia tradicional” – uma teoria de conhecimento assimilada pela cultura eurocêntrica, patriarcal, branca e heteronormativa, a qual determina quais temas, paradigmas e métodos seguir para chegar ao conhecimento válido –, visto que são tratadas como parciais, subjetivas, emocionais e específicas, ou seja, como não científicas ou conhecimentos à margem. Tal violência supracitada por Grada Kilomba, é resultado de uma relação de poder presente nas universidades que deriva de processos de colonização, subalternização de povos e objetificação/desumanização de determinados indivíduos e grupos sociais. Por fim, a autora reforça que não existem discursos neutros, argumento utilizado pela “epistemologia tradicional” para marginalizar as produções científicas de lugares de falas diferentes da sua, pois todos escrevem de um lugar e de uma realidade específica, e que por isso o que existem são discursos dominantes, os quais subjugam outros discursos (uma voz e história única).

O perigo de manter uma voz única nas bibliografias é a manutenção de uma única perspectiva, uma única história e o enraizamento da discriminação baseada em gênero no ambiente acadêmico daquela localidade. Resultando em um impasse com a resolução das Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, que destaca o asseguramento de uma formação humanística, valorizando os fenômenos sociais e criando uma postura reflexiva e crítica no graduando de Direito, tal postura crítica fica prejudicada quando esse graduando lida com bibliografias de apenas um local de fala específico.

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania (CNE, 2004, p. 17).

Além de que, no caso da manutenção dessa história única nas bibliografias do curso de Direito faz-se necessário ressaltar, que:

[...]os cursos de Direito lidam com duas realidades: (i) a partir deles são formados os operadores do Direito, que desempenharão atividades essenciais ao acesso à justiça e funções relativas ao Poder Judiciário; e (ii) esses cursos – espelhando a sociedade – não têm currículos preparados para lidar com a diversidade de estudantes que ingressam, com diferentes contextos sociais, raciais ou de gênero. Daí a importância de se olhar para o ensino jurídico, demandando-se pesquisas e reformas em sua estrutura, em virtude de sua relevância social e dos problemas que precisa enfrentar (CEREZETTI et al, 2019, p. 13).

Dessa forma, a precariedade de diversidade de perspectivas e lugares de falas nas bibliografias nos cursos de Direito, resulta em uma precarização na formação do discente (futuro operador do Direito), para lidar com diferentes contextos sociais que são demandados aos operado-

res do Direito, sobretudo os contextos sobre a desigualdade e discriminação de gênero presente no Brasil.

5. Considerações finais

Nessa perspectiva, mediante aos resultados da pesquisa, sustenta-se a presença do currículo oculto de gênero nas bibliografias das turmas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará, visto que das 126 bibliografias básicas e complementares recolhidas nos planos de ensino dos componentes curriculares do primeiro, segundo e terceiro semestre do curso de Direito, apenas 11 são de autorias de mulheres, em um curso onde as mulheres são a maioria na graduação e em um país onde as mulheres assinam 72% dos artigos científicos publicados. Tal conclusão supracitada, reflete sobre as estruturas de poder presente no curso e no ambiente acadêmico, as quais tem origem em processos históricos e de interações sociais, que privilegiam uma perspectiva e voz dominante – geralmente a eurocêntrica, patriarcal, branca e heteronormativa–, a qual marginaliza perspectivas não dominantes, taxando-as de parciais, subjetivas, emocionais, específicas e não científicas, resultando, assim, em epistemicídios. Além disso, esse processo de epistemicídio faz parte da construção de um currículo oculto, processo de socialização submetido a normas sociais que afetam o processo de ensino-aprendizagem, nas universidades, visto que o conhecimento valorizado nessas instituições está intrinsecamente ligado as relações de poder presentes na sociedade e, assim, surgem currículos ocultos de raça, gênero e entre outras transversalidades que perpassam o corpo social. Dessa forma, com o resultado da pesquisa realizada nas turmas de graduação da instituição pesquisada, pode-se concluir que há presença do currículo oculto de gênero nas bibliografias das turmas de graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará.

Referência

- ARRUZZA, C.; BHATTACHARYA, T.; FRASER, N. **Feminismo para os 99%** - um manifesto. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2019.
- BATALHA, Elisa. Palavra de pesquisadora. **Revista RADIS**, Rio de Janeiro, n.198, p. 14-25, mar. 2019.
- BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**. 1. ed. Paris: Gallimard, 1949.
- BIROLI, Flávia. **Feminismo e Democracia**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.
- CEREZETTI, N. et al. **Interações de gênero nas salas de aula da Faculdade de Direito da USP: um currículo oculto?** São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2019.
- CAPES. Mulheres representam 60% dos bolsistas da CAPES. **Fundação CAPES**, Brasília, 07 mar. 2019. Disponível em: <https://www.capes.gov.br/36-noticias/9375-mulheres-representam-60-dos-bolsistas-da-capes>. Acesso em: 24 set. 2019.
- CNE. **Resolução CNE/CES 9/2004**. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de outubro de 2004, Seção 1, p. 17.
- KILOMBA, Grada. "Who Can Speak?". **Plantation Memories: Episodes of Everyday Racism**. Münster: Unrast Verlag, 2. Auflage, 2010.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Censo da Educação Superior 2012**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), 2013.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Censo da Educação Superior 2017**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), 2018.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Instrumento de avaliação de cursos de graduação presencial e a distância**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), 2012.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS IBERO-AMERICANOS. **Las brechas de género en la producción científica Iberoamericana**. Observatório Ibero-americano de Ciência, Tecnologia e Sociedade (OCTS), 2018.

RIBEIRO, Djamilá. **O que é lugar de fala?** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2017.

UNESCO. **Women in Science.** FactSheet No. 51. UNESCO Institute of Statistics, June 2018.

**Organização criminosa para fins de pornografia infantil:
(resultados preliminares de) um breve estudo
etiológico sob a perspectiva de gênero**

Kalita Macêdo Paixão

1. Introdução

Ao avaliar o andamento da fase pré-processual de investigação guiada pela Polícia Federal da Bahia (PF-BA), em especial do crime previsto no artigo 241-A do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), referente à cyber publicação de registros pornográficos envolvendo àqueles amparados pela lei, dentro do contexto do crime organizado, estabelecem-se conexões interdisciplinares no tocante ao contexto criminológico e etiológico em questão. Conclui-se pela detecção de particularidades na conduta crime, concernentes tanto ao sujeito ativo quanto passivo, que podem ser explicadas sob o prisma psicossocial e sob lentes de gêneros, sendo estas essenciais para a compreensão da tipicidade apurada, e conseqüentemente, seu enfrentamento e seu combate. Entende-se, desta forma, que a violência oriunda da incidência do crime de Pornografia Infantil, por resguardar características subjetivas tuteladas pelos e para os Direitos Humanos (CAVALCANTI; SILVA, 2018), mas hoje não abarcadas ou compreendidas pelo Direito e Processo Penal Brasileiro, não possui perspectivas de coibição. Isso levanta a hipótese de ser o enfrentamento pautado sobre os fatores originários da prática delituosa e ficando circunscrito, muitas vezes, ao âmbito da segurança pública.

A *Childhood* Brasil, uma Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) intentada a proteção à infância e à adolescência, compilou dados referentes a esse tipo de ocorrência de violência sexual, consistindo nesta o abuso e/ou exploração sexual de criança e adolescente. Apesar do Brasil carecer de dados sobre a temática, apontam-se fatores de vulnerabilidade que incidem diretamente sobre o problema, citando, entre esses, questões ligadas ao gênero. Dentre as 76.171 mil denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes, as meninas são as vítimas majoritárias, na faixa etária de 4 a 11 anos, sendo estas violentadas preponderantemente em sua própria casa ou grupo familiar.¹

A Plan International, sede Brasil, também aborda o panoramade defesa dos direitos das crianças e adolescentes, com foco na promoção de igualdade de gênero. Apontam como propósito o empoderamento de crianças, jovens e comunidades, *“para fazer mudanças vitais necessárias que acabem com as raízes da discriminação contra meninas, exclusão e vulnerabilidade”*.²

O mercado mundial da pornografia infantil movimentava mais de R\$ 4 bilhões de reais por ano, segundo dados da Interpol, ocupando o Brasil o 4º lugar no ranking dos países que a exploram. (SANTO, 2015).

Em levantamento realizado pela plataforma de denúncias de crimes cibernéticos Safernet, apontou-se que esse fora o crime mais relatado no ano de 2019.³

Dados mostram que houve 60 mil denúncias. Em segundo lugar, aparece a apologia e incitação à violência e crimes contra a vida, com 27,7 mil denúncias no ano passado. Conteúdo de violência contra mulheres ou misoginia aparece em seguida, com 16,7 mil notificações.

1CHILDHOOD BRASIL. “Nossa Causa”. Disponível em: <https://www.childhood.org.br/nossa-causa>, acesso em 28/08/2019.

2 PLAN INTERNATIONAL. “Propósito”. Disponível em: <https://plan.org.br/proposito/>, acesso em 28/08/2019.

3DESTAK. “Pornografia Infantil foi o crime mais denunciado na-internet em 2018, diz pesquisa”. Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/brasil/politica/detalhe/pornografia-infantil-foi-o-crime-mais-denunciado-na-internet-em-2018-diz-pesquisa>, acesso em 28/08/2019

Apesar dos números que indicam alta incidência desse tipo de violência contra crianças e adolescentes, mesmo em caráter internacional é-se tutelada a sua proteção. Já na década de 1950 a infância deveria estar integralmente protegida em seus múltiplos e diversificados contextos, sendo resguardados todos os direitos consensuados e pactuados internacionalmente, declarando as décadas vindouras como fomentadoras da proteção e promoção, da educação para e pelos Direitos Humanos (CAVALCANTI; SILVA, 2018 e 2015).

Partindo-se de estudo de caso, estreitando as relações com objeto, há de se apresentar a investigação específica em questão, abordando um inquérito policial (IPL) em curso na Polícia Federal da Bahia. Este apura a suposta atuação de organização criminosa para as práticas delituosas de abuso sexual de menores e pornografia infantil. Respeitando o caráter sigiloso do material, sob autorização de vista de inquérito oficialmente protocolada pela Corregedoria da Superintendência⁴, serão protegidas informações reservadas ao domínio da PF/BA, como meio de garantia ao devido curso dos processos investigativos e respeito ao expediente da União. Por esse motivo, quando se fizer necessário, o IPL será tratado, para fins de menção, pela identificação ficta de nº 0509/2019, em sugestão à data que o atual Presidente da República decretou a dispensa de todos os membros do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Explica o Jornal EL PAÍS:⁵

As mudanças reduzem o poder político do órgão, que fiscaliza ações de promoção dos direitos da infância e da adolescência no país [...]. Criado em 1991 e hoje parte da estrutura do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, o Conanda funciona por meio de uma gestão compartilhada entre Governo e sociedade civil. Além de regulamentar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o Conselho tem a prerrogativa de fiscalizar qualquer investimento do ministério na área da infância.

4 Deferida pelo Sr. Corregedor Maurício Salim Araújo, sob o número SEI 08255.005261/2019-54.

5 EL PAÍS. “Bolsonaro elimina seleção independente para membros do conselho de proteção à criança”. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/06/politica/1567795263_459431.html, acesso em 09/09/2019.

No bojo do IPL nº 0509/2019 verificou-se, através de grande quantidade de imagens de cunho pedopornográfico encontrada em posse do investigado, segundo laudo de perícia criminal federal, o armazenamento de registros ilegais como previsto no Estatuto da Criança e Adolescente (1990). Constatou-se que o exercício das atividades ilícitas ocorria através de vias virtuais. Na lista de regras do cybergrupo, descrita como “teratológica” nos autos, se estabelece que “*os novos usuários devem fazer uma validação para entrar, (...) um set ou vídeo customizado da menina que você quer introduzir*”. Nesse sentido, restou fixado que o suspeito, além de armazenar, produzia imagens pornográficas envolvendo uma criança, tendo esta sido reconhecida por familiares nas mídias acostadas, como a sobrinha do investigado, que à época tinha aproximadamente cinco anos de idade. Um contexto que envolve não só proteção do Estado, em suas múltiplas formações, mas também contextos familiares e sociais que assinalam violações e vulnerabilidades intensas das vítimas. Portanto, em virtude de tais fundamentos, formalizou-se o indiciamento do suspeito como incurso no artigo 217-A do CPB, artigo 1º, §1º e artigo 2º, §4º, da Lei 12.850/13, assim como artigo 240, 241-B, e 241-D, II c/c 241-E do ECA.

Dedica-se, a partir de então, à desconstrução da (cyber)pedofilia como “monstro contemporâneo”, partindo do pressuposto de que a confusão e sobreposição das categorias “pornografia infantil na internet” e “pedofilia” nos discursos públicos favorece um deslocamento da atenção dos atos criminosos, com raízes etiológicas da conduta de homens não doentes, mas mergulhados em uma misoginia cultural, à supostos sujeitos anormais. (LOWENKRON, 2013)

2. A legislação e a investigação criminal

2.1 Da pornografia infantil

Pode-se verificar, preliminarmente, que o IPL nº 0509/2019 em curso na DELINST – PF/BA, objetos da pesquisa, se resume à incidência

penal dos arts. 241-A e 241-B, do Estatuto da Criança e Adolescente. Observa-se que os delitos, sendo o primeiro referente à divulgação e o segundo de aquisição de registros pornográficos envolvendo crianças e adolescentes, são crimes cibernéticos, que tutelam os direitos sexuais desse grupo socialmente vulnerável. Diz a Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990:

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: (Incluído pela Lei nº 11.829, de 2008)

A legislação brasileira prevê repressão também para o registro e reprodução, a venda e simulação de cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente, além do aliciamento, assédio, instigação ou constrangimento da criança com o objetivo de com ela praticar ato libidinoso. Cumpre-se destacar que segundo o art. 241-E, da mesma lei, para efeito dos crimes, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais.

2.2 Do estupro de vulnerável

Nesse sentido, é de suma importância mencionar que o Código Penal Brasileiro também versa sobre a temática, no seu Capítulo II – Dos crimes sexuais contra vulnerável. Tipifica-se o estupro de vulnerável e a corrupção de menores, aí inclusive perpassando pela previsão no ambi-

ente virtual, sendo taxativo no que diz respeito ao alcance “por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática”. Lê-se a respeito da divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia:

Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia.

2.3 Da organização criminosa

Há de se esclarecer o que versa Código Penal no que se refere a tipificação do delito de Organização Criminosa. Esta, apesar de ter sido formada para, entre outras, possibilitar a prática do crime-fim da Pornografia Infantil, consiste em ilícito definido pelo artigo 1º, §1º da lei nº 12.850 de 2013:

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Desta forma, inclusive, por exigir maior número de membros, e divisão de tarefas entre eles com objetivo de práticas delituosas específicas ou que incidem em múltiplas nações, diferencia-se da associação criminosa, prevista no art. 288 do Código Penal, que já resguardaria menos elementos especializantes para sua caracterização⁶.

6JUSBRASIL. “Associações criminosas e organização criminosa”. Publicado por Paulo Henrique Brunetti, 2018. Disponível em: <https://brunetti.jusbrasil.com.br/artigos/604180797/associacoes-criminosas-e-organizacao-criminosa>, acesso em 16/09/2019.

A organização criminosa é conduta recorrente para fins de pornografia infantil, por motivos como a facilidade no meio cibernético e os lucros financeiros, já mencionados alhures, de forma a possibilitar o aperfeiçoamento e intensificação da prática. A Assessoria de Comunicação Social do Ministério Público Federal de Minas Gerais aponta para o fator lucrativo apontado em denúncia de caso semelhante ao referido⁷:

A constante remessa de dinheiro efetuada pelo denunciado aos demais integrantes da organização revela sua efetiva participação no núcleo criminoso, a promover o desenvolvimento da empreitada delitiva, facilitando a produção e disseminação de material contendo abuso sexual de crianças e adolescentes.

2.4 O inquérito policial

Apesar de objetivar compreender as circunstâncias em que se desencadeou a conduta-crime, estabelecendo a premissa de que tanto a autoria (sujeito ativo da conduta típica) quanto à materialidade (efetivação do ato típico, antijurídico e culpável) resguardam minúcias essenciais para o desvendar fenomenológico, ao utilizar caso real constante em IPL do Grupo de Combate a Crimes Cibernéticos da Superintendência Regional da PF/BA, considera-o instrumento hábil à coleta de elementos de convicção suficientes para a deflagração de futuro processo penal no sistema acusatório brasileiro. Através do conhecimento, pelo *parquet*⁸, de fato passível de configuração de crime federais, compete à União, por meio desse instrumento pré-processual, apurar infrações contra a ordem política e social e de repercussão interestadual ou internacional, como dispõe o §1º do artigo 144 da Carta Magna.

No que tange à efetividade do trabalho investigativo da Polícia Federal, faz-se relevante mencionar que esta fora potencializada com o

⁷ MPF/MG. “Médico que integrou organização criminosa internacional envolvida com pornografia infantil é denunciado pelo MPF em Uberaba (MG)”. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/medico-que-integrou-organizacao-criminosa-internacional-envolvida-com-pornografia-infantil-e-denunciado-pelo-mpf-em-uberaba-mg>, acesso em 16/09/2019.

⁸ Termo de origem francesa que designa o Ministério Público e seus membros.

advento da instituição, pela Lei 13.441/17 da infiltração policial no ambiente cibernético nos artigos 190-A a 190-E da Lei 8.069/90. Tal meio excepcional de obtenção de prova aplica-se justamente na etapa inquisitorial, essencial às conclusões prévias, anteriores à acusação de fato, esta, já em âmbito processual-criminal (MASSON, MARÇAL, 2017). Esclarece Henrique Hoffmann, Delegado de Polícia Civil do Paraná:⁹

A inovação principal da infiltração policial eletrônica não está na ocultação da identidade do policial nas redes sociais, porquanto já podia ser feita licitamente para investigar. A criação de perfil falso de usuário (*fake*) continua sendo admitida sem autorização judicial para coleta de dados em fontes abertas. [...]. Já quanto aos dados alocados na internet de forma restrita, [...] a invasão ou obtenção furtiva das informações pelo órgão investigativo só pode ser feita mediante autorização judicial que permita a infiltração policial eletrônica. Outrossim, a utilidade maior da infiltração policial cibernética reside no uso de identidade fictícia para coletar informações sigilosas (privadas, em relação às quais há expectativa de privacidade) e na penetração em dispositivo informático do criminoso a fim de angariar provas.

O IPL n° 0509/2019 fora instaurado a partir de evidências do envolvimento do indiciado em organização criminosa transnacional especializada no abuso de crianças e produção de conteúdo pornográfico infantil, “*existindo ainda fortes indícios de que tal pessoa teria abusado da própria filha e registrado os abusos para compartilhamento com os demais integrantes da citada organização criminosa*”. Este integraria rede internacional de abusadores/produtores de material pornográfico infanto-juvenil para a troca e disponibilização de arquivos na internet, segundo relatório encaminhado pelo *Federal Bureau Investigation* (FBI), por meio de cooperação internacional¹⁰. Segundo *notitia criminis*, o suspeito participava ativamente de Fóruns na DeeWeb, como de um que era administrado por um australiano, preso em 2014 e sentenciado a 35 anos

⁹CONSULTOR JURÍDICO. “Lei 13.441/17 instituiu a infiltração policial virtual”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mai-16/academia-policia-lei-1344117-instituiu-infiltracao-policial-virtual#sdfnoter15sym>, acesso em 09/09/2019

¹⁰ É comum, nas investigações de pornografia infantil, que a Polícia Federal conte com a cooperação do FBI, pelo caráter transnacional do delito *in casu*, através organização criminosa.

de prisão por abuso de diversas crianças, incluindo um bebê de dezoito meses, além de crianças com transtornos e necessidades especiais. Indica-se que o suspeito confessa o uso do TORCHAT, programa de mensagens instantâneas (própria para a rede TOR- da Deepweb) que possibilita o envio de textos e arquivos de maneira segura (criptografada) e anônima, mas que foram identificados pelo banco de dados de imagens e vídeos de casos de abuso sexual infantil *Internacional Child Sexual Exploitation* (ICSE). Revela o despacho saneador:

[...] procurava produtores de material de abuso sexual infanto-juvenil, e afirmava ser o pai de uma criança brasileira de 6 anos, conhecida no meio pedófilo e que vinha sendo abusada há vários anos e cuja localização era considerada prioridade pela polícia federal. Conversas entre os usuários dos fóruns possuem níveis inimagináveis de perversão. Conversam sobre formas de abusadas crianças sem deixar marcas e sem que elas chorem, além de citarem medicamentos para acalmar as crianças de maneira a facilitar os estupros.

3. A “(cyber)pedofilia” e a psique

3.1 Da pedofilia

Inicialmente, é importante salientar que o objeto da análise criminológica é a incidência do crime de Pornografia Infantil. Isso porque é costumeiro que se confunda essa espécie delituosa com a pedofilia, que por sua vez, não se trata de crime previsto em legislação vigente no país.

A pedofilia, apesar de ser considerada uma patologia psiquiátrica, envolve importante aspecto sociocultural e é penalizada legalmente, através de pena de reclusão e multas, pois a ação de práticas pedofílicas corresponde ao dano ou risco de dano a outro, sendo a criança o agente passivo desta ação. (FERREIRA, 2015, p. 5)

A pedofilia consiste no desejo sexual desviante; é uma parafilia, um Transtorno de Preferência Sexual (TPS) segundo a Classificação Interna-

cional de Doenças 10^a edição (CID-10). É uma perversão identificada pelo interesse sexual atípico por crianças, usualmente em fase pré-púbere ou no início da puberdade.

3.2 Da psicanálise

A aproximação dos estudos psicanalíticos com desenvolvimento da criminologia fora inclusive mencionado por Salo de Carvalho, abordando a contribuição da psicanálise nos fundamentos das ciências criminais, no que diz respeito, por exemplo, à teoria psicanalítica do direito penal de Reik, criminólogo italiano, em consonância com a desconstrução do paradigma do perfil transgressor:

A tese de Reik sustenta dupla função à pena. [...] Em ambas as hipóteses segue a teoria freudiana do criminoso por sentimento de culpa. O efeito catártico da pena e o processo de identificação da sociedade com o criminoso seriam os dois princípios básicos que possibilitariam a construção de *teoria psicanalítica do direito penal*. [...] Se a psicanálise, [...] na análise do sintoma social, possibilita a ruptura com a dicotomia entre o bárbaro e o civilizado, a psicanálise criminal ao indagar sobre a etiologia delitiva de *peessoas honradíssimas* e de *elevada moralidade* (Freud), contribui significativamente no fundamental processo de despatologização do crime e do criminoso. (CARVALHO, 2018, p. 343)

Pelo fato de que se trata de uma disfunção, surge uma errônea compreensão de que os chamados pedófilos são cidadãos incapazes de lidar com seus sintomas, contudo, a perspectiva Freudiana esclarece que por motivos “estéticos”, atribuiu-se o que ele chama de “aberrações” graves da pulsão sexual à loucura, mas nega que isso seja possível, pois, na prática, essas perturbações são encontradas também naqueles sadios. Isso significa que o crucial, na realidade, é a questão do descontrole de seus impulsos e oportunidade de satisfazê-los. (FREUD, 1996)

3.3 Da (in)capacidade penal

Pelo critério misto (biopsicológico) adotado pelo Título III do Código Penal Brasileiro, levanta-se a possibilidade de caracterização de inimputabilidade aos sujeitos ativos do crime investigado. Vejamos o disposto no artigo 26:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Observa-se que desequilíbrio do trato mental não é requisito único para o cabimento, sendo necessário que este transtorno impossibilite, efetivamente, a capacidade de compreensão do ilícito. (NUCCI, 2011)

Ainda que hajam doutrinadores que atribuem ao pedófilo, suposta total incapacidade de compreender a torpeza do abuso sexual, há de se considerar os limites entre o normal e o patológico, valorizando o critério técnico de verificação, como à perícia, como meio de verificação do grau de entendimento ético-jurídico e autodeterminação do agente. (PALOMBA, 2003)

Todavia, registra-se que no tocante aos inquéritos policiais estudados, há de se inferir que a problemática é ainda mais complexa. As incontroversas sobre a inimputabilidade do pedófilo se tornam secundárias ao observarmos que, *in casu*, os indiciados pelo crime de pornografia aqui estudados não teriam praticado os atos ilícitos em decorrência de condição de enfermidade. A médica legista e sexóloga criminal Mariana da Silva Ferreira reforça essa conclusão ao explicar que abusadores não são, necessariamente, pedófilos: *"Apenas 20% dos agressores têm diagnóstico da doença. Dizer que é um doente é fazê-lo se beneficiar legalmente"*¹¹.

11 UOL. Violência contra a Mulher. "Ela atende vítimas de estupro no IML, de bebê de dias a senhora de 80 anos", 2019. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2019/09/30/sexologa-criminal-do-impl-ja-atendi-bebe-de-7-dias-a-senhora-de-80-anos.htm>, acesso em: 01/09/2019

4. A pornografia infantil sob perspectiva de gênero

4.1 Do material pornográfico

A própria pornografia por si só, por exemplo, é um fenômeno crescente nas sociedades de hoje, e carrega consigo uma gama vasta de informações indiretas a respeito daquele que a consome. Isso porque tem-se tornado cada vez mais evidente que há um impacto significativo na estrutura psicossocial do sujeito que mantém contato com o material pornográfico. Nessa ambiência, faz-se relevante citar a percepção de Dany-Robert Dufour a respeito da relação dos estímulos sexuais promovidos pela pornografia e sua potencialidade de gerar estímulos violentos. Em sua obra “A Cidade Perversa”, aborda o sujeito sadeano¹², que independentemente de hiperburguês ou consumidor proletarizado, dedica-se ao gozo excessivo.

Dufour considera [...] que houve uma passagem de uma primeira a uma segunda transgressão: a primeira diz respeito ao que se define classicamente como perversão, ou seja, como algo que, justamente por ser transgressão, só pode ser entendido a partir da lei; e a segunda, apesar de portar o mesmo nome, rompe no entanto com a relação necessária com a lei e se abre para o sem-limite, por força do que Dufour chama a uma certa altura de *desinibição pulsional*, que conduz à *servidão do homem liberado*.

Essa influência, já consideravelmente estudada no âmbito da neurociência, e difundida no campo da sociologia, se torna palpável com declarações como as de Ted Bundy, psicopata e assassino confesso de mais de 35 mulheres e suspeito de mais outros 100 crimes sexuais, que indica abertamente a atribuição do seu comportamento sexual violento ao vício em pornografia. Ele já se manifestou diversas vezes publicamente a respeito do assunto, defendendo a correlação do consumo excessivo de pornografia e impulsos violentos¹³:

12 Referência ao Marquês de Sade, aristocrata francês e escritor libertino que deu origem ao termo “sadismo”, que define a perversão sexual de ter prazer na dor física ou moral do parceiro ou parceiros.

13 ROSSI, Rafael. “Criminalidade e Pornografia: O caso de Ted Bundy”. 2016. Disponível em: <http://vicioempornografiacomopara.com/3256-2/>, acesso em: 15/05/2019.

Eu não sou nenhum cientista social, (...) mas eu vivi na prisão por um longo tempo, e eu conheci um monte de homens que eram motivados a cometer violência. Sem exceção, cada um deles estava profundamente envolvido com pornografia – profundamente consumidos pelo vício.

A pedido do canal SexyHot, o Quantas Pesquisas e Estudos de Mercado coletou dados¹⁴ para fins de traçamento de perfil do público brasileiro de pornografia. 22 milhões deles assumem o consumo, totalizando 76% homens, majoritariamente jovens (58% têm menos de 35 anos), de classe média alta (49% pertencem à classe B) e comprometidos (69% são casados ou estão namorando), além de que 49% concluiu o ensino médio e 40% tem curso superior. Como principal “motivador” para os acessos, fora apontado o interesse em “ver e aprender situações/posições”, o que nos indica que a pornografia é uma “pílula de estímulo” e “dá vazão a fantasias, desejos, frustrações e permite viver o prazer livre que hoje se concretiza em imagens”.

A problemática se dá, portanto, quando estímulos não-saudáveis viram paradigma para relação sexual. O conteúdo pornográfico de alta circulação, hoje, tem como base na supervalorização da vulnerabilidade da mulher e do corpo feminino. A lógica do consumo, na conotação destrutiva mesmo, da palavra, segue a perspectiva vexatória, de imposição do papel subalterno da mulher, pois é o que excita o público-alvo.

Tal cunho violento se manifesta não só no produto da indústria pornográfica, mas na sua própria manutenção. O machismo dos bastidores, em que a maior parte dos trabalhadores são homens¹⁵, acaba por submeter as mulheres à opressão, produzindo um conteúdo igualmente degradante e violento que reforça e banaliza essa representação da desi-

14MURARO, Cauê. G1. “22 milhões de brasileiros assumem consumir pornografia e 76 são homens, diz pesquisa”. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pop-arte/noticia/22-milhoes-de-brasileiros-assumem-consumir-pornografia-e-76-sao-homens-diz-pesquisa.ghtml>, acesso em: 20/06/2019.

15REDAÇÃO HYPENESS. “Vídeo denuncia condição das mulheres na indústria pornográfica”. Disponível em: <https://www.hypeness.com.br/2017/07/video-denuncia-condicao-das-mulheres-na-industria-pornografica/>, acesso em 23/09/2019.

gualdade de gênero, promovendo a ideologia que sexualidade inclui comportamento abusivo contra a mulher (D'ABREU, 2013):

Uma pesquisa recente revelou que atos de violência contra a mulher em filmes pornográficos configuram mais a regra do que a exceção. Bridges et al. (2010)¹⁶ analisaram o conteúdo de 304 cenas de vídeos pornográficos mais populares. Os resultados indicaram que 88% das cenas apresentavam agressão física e 49% agressão verbal. As formas de violência mais comumente observadas foram espancamento (75%), engasgos durante a prática de sexo oral no homem (54%), insultos (49%), tapas (41%), puxões de cabelo (37%) e sufocamento (28%). Os perpetradores eram homens em 70% dos casos, e em 94% dos casos, as mulheres eram o alvo da agressão.

4.2 Dos aspectos culturais

Como questão histórico-cultural, inerente ao tempo presente, por assim dizer, do tratamento que se dá a tais comportamentos, tem raízes nas constantes mudanças sociais. Em cada ciclo, cada geração, nos deparamos com novas formas de enxergar subjetividades coletivas imprescindíveis para o convívio humano, adaptando as nossas visões de moral e ética, por exemplo. A respeito da temática do consumo da pornografia, exposta *alhures*, faz-se relevante desmembrar o que se chama de “cultura da pedofilia”: no que tange aos padrões de beleza femininos, a aproximação estética com a aparência infantil é a regra, mesmo para as mulheres maduras. Teresa Tsang¹⁷ exemplifica essa cultura ao citar as políticas “anti-envelhecimento” das indústrias de cosméticos, à exemplo da obsessão pelo fim dos pelos e das rugas, e evidencia que esses fatores podem ter uma grande influência da pornografia:

¹⁶Bridges, A. J., Wosnitzer, R., Scharrer, E., Sun, C., & Liberman, R. Aggression and sexual behavior in best-selling pornography videos: A content analysis update. *Violence against Women*, 16, 2010, p. 1065-1085. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/db43/7a7a4a975603690bd5921286c7831b487d10.pdf>, acesso em: 01/09/2019.

¹⁷TSANG, Teresa. How Pedophile Culture Has Affected How We See Beauty - (Why do grown women want to feel and look like they did when they were younger?). *Odyssey*, 2015. Disponível em <https://www.theodysseyonline.com/pedophile-culture>, acesso em 29/05/2019.

(...) Um tipo de cirurgia plástica menos conhecida, mas em ascensão, é labiaplastia, também conhecida como redução dos lábios mínimos ou redução labial. De acordo com a Sociedade Americana de Cirurgia Plástica Estética, de 2013–2014, a popularidade desses procedimentos aumentou em 44%. O Dr. Lih-Mei Liao, um consultor psiquiatra que co-escreveu um relatório sobre a cirurgia plástica genital feminina (FGCS), comentou que “podemos afirmar com segurança que pode haver alguma influência porque os efeitos secundários das labiaplastias são tão semelhantes a *vulva pornesque*”. No mesmo relatório, afirmou que muitas das mulheres que seguem essa cirurgia plástica têm lábios que são considerados normais. Essas mulheres querem a cirurgia (...) por questão de aparência. (...). Isso inclui principalmente a pornografia.

Ela defende que a pornografia tem provado moldar as preferências das pessoas, já que nossos cérebros são mutáveis e podem ser condicionados devido à neuroplasticidade. Para ilustrar sua tese, cita que por dois anos consecutivos, (2013 e 2014), a categoria de pornografia mais popular na PornHub era Teen (em português, adolescente). Em 2013, o portal G1 de notícias publicou uma matéria em que a manchete dizia que o site PornHub teria anunciado que o termo “novinha” foi um dos mais buscados por brasileiros¹⁸:

O apreço pela juventude é notório frente ao público masculino, o que indica que maioria desses homens não são pedófilos, e sim indivíduos com tal comportamento resultante de profundo condicionamento cultural. Desta forma, observa-se que àqueles investigados pelo crime de Pornografia Infantil na PF/BA, por analogia, não tem interesse sexual especificamente no corpo da criança pré-púbere, como têm os pedófilos diagnosticados. O que essas vítimas têm a oferecer aos seus algozes é a sua posição de vulnerabilidade, sendo ela, portanto, a origem do “fetiche”. Trata-se de um desejo por essa posição hipossuficiente levada ao nível extremo, especialmente quando analisamos os IPL's que têm meninas como vítimas, os quais são, sem surpresas, a maioria.

¹⁸G1, São Paulo. “Em site pornô, 'Novinha' foi um dos termos mais buscados por brasileiros”. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/12/em-site-porno-novinha-foi-um-dos-terminos-mais-buscados-por-brasileiros.html>, acesso em 14/06/2019.

4.3 Dos aspectos históricos

Os direitos sexuais nem sempre foram objeto de tutela e proteção da forma como é hoje. Certos perfis de comportamento sexual foram reprimidos e até proibidos ao longo dos anos, como os tabus da pedofilia, pederastia e incesto, que apesar de amplamente repreendidas atualmente, não são manifestadamente criminalizadas no bojo da legislação brasileira.

Ao analisar as origens etimológicas, o termo *pedofilia* designava o amor de um adulto pelas crianças (do grego antigo paidophilos: pai=criança e phileo=amar), e surgiu no século XIX de com a obra *Psychopathia Sexualis* do psiquiatra alemão Richard Von Krafft-Ebing, que descreve tecnicamente modelos psicopatológicos de perversão e classifica desvios sexuais. Contudo, muito antes disso, na antiguidade, era-se muito comum práticas como a pederastia, (do grego clássico, composto de παῖς, "criança", e ἐράω, "amar"), que significava, simplifiadamente, o relacionamento amoroso e até erótico entre meninos e homens, que seriam seus “mestres”¹⁹. Em extensão errônea desse significado, a modernidade e até contemporaneidade entende a pederastia como uma espécie de distúrbio psíquico ligado à homossexualidade, motivo pelo qual, inclusive, atribuo o recorrente equívoco do senso comum de que as variáveis condutas “pedofílicas” viriam, em sua maioria, de sujeitos homossexuais para com crianças do sexo masculino.

Outro tabu relevante ao cerne da questão, é a incidência de violência sob o contexto incestuoso. A própria Psicanálise ensinou que a primeira escolha sexual do menino é incestuosa, concerne aos objetos proibidos, à mãe e à irmã, o que significa que em alguns sujeitos, em sua vida psíquica inconsciente, pode ter fixações infantis incestuosas da libido ainda com um papel determinante. (FREUD, 2013, p. 11)

Além disso, por se tratar de proteção da dignidade sexual, a questão perpassa por outro aspecto que traz novidades nas interpretações pós-modernas: a liberdade sexual. Questões como os limites da interferência

¹⁹KEULS, Eva. “*The Reign of the Phallus: Sexual Politics in Ancient Athens*”. 1985.

do desejo sexual alheio e o respeito à dignidade sexual no tocante à diversidade orientação sexual e gênero, estão cada vez mais presentes no fenômeno coletivo, o que significa que, necessariamente, elas irão ressoar na atuação legal e jurídica, ressignificando as normatizações, afim de adaptar-se para continuar a fazer jus ao contrato social.

A agenda de direitos sexuais e reprodutivos estão em pauta, à exemplo da equiparação da homofobia ao crime de racismo, e da luta pela legalização do aborto, que apesar de ter conquistas acerca de situações de risco de vida da mãe, estupro ou anencefalia, infelizmente anda a passos largos. Contudo, o rompimento com a dignidade sexual perpassa também pela questão do mundo virtual, à exemplo da Lei 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Dieckman” por tipificar delitos informáticos ligados à experiência da atriz, que em 2011, teve fotos e conversas em situação íntima “vazadas” por hacker, de seu aparelho pessoal. Registre-se que, no tocante aos crimes cibernéticos, houve, (como seria de se esperar em uma ambiência globalizada e, conseqüentemente telematizada) em 2014, com a lei nº12.965, um real marco²⁰ na regulamentação nacional do acesso à internet, que passa a ser considerada “essencial ao exercício da cidadania”, segundo *Caput* do Art. 7º da referida lei.

4.4 Dos olhares feministas

Diante das constatações já feitas referentes aos fatos investigados, chega-se a um ponto em que se torna inexorável a abordagem do fenômeno sob a perspectiva feminista. Isso porque, possibilitou-se partir do pressuposto de que a incidência de violências sexuais está diretamente atrelada à opressão sofrida pelas mulheres (e, no caso, meninas), decorrente do patriarcado que domina a categoria “mulher” tanto pelos traços biológicos quanto aspectos socialmente construídos, vitimando-as pela sua “*womanhood*”²¹. (PISCITELLI, 2002, p. 4/5)

20 Referência à denominação “Marco Civil da Internet”, que consiste na Lei nº 12.965/14.

21 “*Feminilidade*” em tradução livre. Referência direta ao fato de serem mulheres.

Nesse contexto, a produção e consumo de pornografia infantil no contexto global resguarda origens etiológicas comuns ligadas à exploração feminina baseada em uma lógica de manutenção de violências sobrepostas (CAVALCANTI, 2018). Isso significa um aumento da vulnerabilidade das mulheres, pela demanda do consumo misógino que se excita com a sobreposição de características hipossuficientes, como no caso, envolve o gênero feminino somado a, ao menos uma dessas, no caso, a condição de criança ou adolescente. Dá-se assim, o que Laura Lowenkron (2010, p.16) chama de “ênfase na assimetria do poder”, sob a ótica da antropologia social:

Em nota técnica publicada pelo IPEA (2014, p.7) sobre estupro no Brasil [...] 89% das vítimas são do sexo feminino, [...] e que as crianças e adolescentes representam mais de 70% das vítimas.

Laura Lowenkron (2013, p. 326/327) ainda reforça que existem muitos sítios pornográficos na internet nos quais a menoridade, principalmente a feminina, é simulada, por ser valorizada no mercado do erotismo enquanto “fantasia sexual” masculina, e completa:

São meninas bem jovens com corpos magros, seios pequenos, poucas curvas, pelo pubiano ralo ou depilado, usando roupas e representando performances infantis que fazem o estilo “Lolita”, ou seja, inocentes, porém provocantes.

Pode-se observar o ponto onde as origens do comportamento do algoz frente às mulheres e às crianças se entrelaçam, quando se constata as semelhanças de ambos os fatores definidores relacionados a práticas oriundas do abuso sexual.

Claudete Canezin e Ana Carolina Perozim (2010, p.120) apontam a relação de poder do abusador para com o abusado, e a impossibilidade das crianças e dos adolescentes de darem um consentimento consciente para a prática daquele ato, o que ocorre de forma muito semelhante quando o abuso ocorre vide discriminação de gênero, a exemplo da violência doméstica, que também resguarda forte influência da relação de poder do

abusador (aqui, no sentido do sustento financeiro), e a impossibilidade de se abster a prática, pela subalternização de sua autonomia da vontade.

Dessa forma, o abusador transforma a sexualidade de outrem (tanto da mulher quanto da criança/adolescente) em objeto para satisfação de seus desejos. (FERREIRA, 2017). O medo da repercussão da revelação/denúncia da violência também faz parte das consequências psicológicas comuns para os abusados, pelo medo do descrédito e da não proteção, e por isso, mantêm em segredo o fato de forma consciente. (BALBINOTTI, 2009, p.8).

As vítimas tendem a se sentirem culpadas, com ódio de si mesmas, pensando que foi elas quem provocaram e permitiram o abuso sexual (FERREIRA, 2017). No campo da vitimologia, Antônio Berisntain (2000, p.105) consolida o entendimento:

Ao longo do processo penal [...] os agentes de controle social, com frequência se despreocupam com (ou ignoram) a vítima; [...] especialmente em alguns delitos, como os sexuais. Não é raro que nessas infrações o sujeito passivo sofra repetitivos vexames, pois a agressão do delinquente se vincula a postergação e/ou estigmatização por parte da polícia, dos médicos forenses e do sistema judiciário.

Além da citada dependência financeira, Hilda Nascimento (2001, p. 69) cita a frequência em que a vítima vive sobre o mesmo teto do abusador. Tal questão, além de estar atrelada, como mencionado, às origens patriarcais da violência doméstica, se correlaciona com a incidência do abuso sexual como manifestação incestuosa, no caso da “pedofilia”. Este elemento serve a corroborar com a maior vulnerabilidade que se têm quando o ambiente familiar é palco de violações de direitos sexuais, justificando os 79% de casos de estupro de crianças ocorrendo dentro de suas residências, além de que, quando um agressor é um familiar, a chance de recorrência da violência é quase 4 vezes maior do que se este não for seu parente (IPEA, 2014, p.12).

No que tange à violação de direitos sexuais das mulheres em espaço virtual, também é possível realizar conexões com as vítimas infanto-

juvenis. Isso porque, a intensificação das relações digitais promove uma exposição imagética com amplidão que ofende, constrange e intimida, pois é a imagem feminina a mais divulgada, repercutida e consequentemente ridicularizada no lugar de objeto de desejo sexual de outrem, criando associações pessoas-produto e fetichização das relações interpessoais (MENEZES; CAVALCANTI, 2017).

Desta forma, o homem, que na internet seria tanto receptor quanto emissor da mensagem (LEVY, 2009), encontra um espaço fértil para o exercício do seu estigma de virilidade e dominação, de forma a contribuir com a socialização de ordem patriarcal que os conduz à essa sobreposição e posse em relação ao corpo da mulher, em contraponto à ela, que é conduzida ao comportamento dócil, casto e cordato (SAFFIOTI, 2004).

Ficamos à mercê de uma “cruzada antipedofilia”²² baseada em uma oposição política à agenda dos direitos sexuais, relacionada inclusive à bancada evangélica, o que se demonstra controverso ao analisar o real problema a ser combatido. Ao envolver uma ideia de moral sobre o âmbito delituoso, constrói-se uma causa pelo processo de uso tático da comoção para um engajamento vazio, que movimenta o “cidadão de bem” contra condutas resultantes dos seus próprios traços socioculturais conservadores, antiemancipatórios e, consequentemente misóginos.

5. Conclusão

- A incidência de pornografia infantil, quando por organização criminoso, comumente liga-se aos produtores do conteúdo proibido, resultante de abuso sexual de menores.
- A “(cyber)pedofilia”, quando referente à prática dos crimes de pornografia infantil, refere-se erroneamente ao termo, pois a pedofilia trata-se de um distúrbio que nem sequer resguarda significativos números de autoria delitiva.
- O consumo de pornografia, mesmo que em “termos gerais” de classificação, estão diretamente relacionados à manutenção de estímulos não apenas tóxicos às

²² Como definiu o Senador Magno Malta, requerente da criação da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) da “Pedofilia” no Senado Federal.

mulheres envolvidas no processo, mas aos homens receptores do conteúdo, assim mais suscetíveis a impulsos violentos.

- É-se notável que há estabelecida, à nível mundial, uma cultura misógina em que se impõe “adultização” das meninas e “rejuvenecimento” das mulheres maduras.
- É possível observar uma espécie de “evolução” na desconstrução de certos tabus, mas é também notável que a contemporaneidade encontra limitações quando as questões perpassam por variáveis concernentes a gênero.
- O patriarcado e o conservadorismo podem ser apontados como responsáveis pelo impulsionamento de comportamentos machistas que fomentam a cultura de normalização da violação dos direitos das mulheres, em especial sexuais.
- Além das violências cometidas em desfavor da criança ocorrerem em sua grande maioria por homens, para com meninas, estas costumam se dar em ambiente familiar, o que permite que se sugira uma nova política de abordagem da educação sexual em ambiente escolar.
- A “causa” do combate à (cyber)pedofilia, para sua efetividade, deve ser baseada em uma criminologia crítica e feminista na objetivação emancipatória no tocante às políticas públicas e normas jurídicas.

Referências

BALBINOTTI, Cláudia. A violência sexual infantil intrafamiliar: a revitimização da criança e do adolescente vítimas de abuso. **Direito & Justiça**. Porto Alegre, v. 35, n. 1, p. 5-21, jan./jun. 2009.

BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia a luz do Direito Penal e da Vitimologia**. Editora UNB, 2000 – 1º Edição.

CANEZIN, Claudete; PEROZIM, Ana Carolina. Do Crime de Abuso Sexual Praticado Contra Crianças e Adolescentes e Depoimento Sem Dano. **Revista IOB de Direito de Família**. Ano 11, n.57 (dez./jan. 2010)

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2015. – 6ª Edição.

CAVALCANTI, V. R. S. Violência(s) sobreposta(s): Contextos, tendências e abordagens num cenário de mudanças. In: Isabel Dias. (Org.). **Violência doméstica e de gênero: Uma abordagem multidisciplinar**. 1ed.Lisboa: Pactor, 2018, v. 1, p. 97-122.

CAVALCANTI, Vanessa & SILVA, Antonio Carlos. Diálogos abertos e Teoria Crítica: por uma “aventura emancipatória”. **Revista Dialética**, vol. 6, junho de 2015, pp. 66-78.

CAVALCANTI, V. R. S. ; SILVA, A. C. . Em que ponto estamos: urgências, emergências e pautas de educação e direitos humanos. In: Flávio Romero Guimarães, Paulla Christianne da Costa Newton, Ricardo dos Santos Bezerra. (Org.). **Direitos Humanos: Desafios e perspectivas no mundo contemporâneo**. Campina Grande: Editora da Universidade Estadual da Paraíba/Realize, 2018, v. 1, pp. 98-108.

D'ABREU, Lylla Cysne Frota. **Pornografia, desigualdade de gênero e agressão sexual contra mulheres**. *Psicol. Soc.*, Belo Horizonte , v. 25, n. 3, p. 592-601, 2013 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822013000300013&lng=en&nrm=iso> .

DUFOUR, Dany-Robert. **A Cidade Perversa - Liberalismo e Pornografia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013 - 1ª ed.

FERREIRA, Laís Pires. **A Proteção da Criança ou Adolescente Vítima de Abuso Sexual como Justificativa para a Flexibilização da Regra Impeditiva da Adoção por Avós**. Tese (Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador. 2017.

FERREIRA, Mariana da Silva. **Pedofilia: Aspectos Etiológicos**. Tese (Pós-Graduação Latu Sensu em Sexualidade Humana) – FMUSP, São Paulo. 2015.

FREUD, Sigmund. (1901-1905) **Três ensaios sobre a teoria da sexualidade**. In: Obras psicológicas completas: Edição Standart Brasileira. Vol. VII. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREUD, Sigmund. (1856-1939) **Totem e Tabu: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013 - 1ª ed.

INSTITUTO BRASILEIRO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Estupro no Brasil: Uma Radiografia Segundo os Dados da Saúde**. Brasília: IPEA nº 11, 2014.

LEVY, Pierre. 2009. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34.

LOWENKRON, Laura. O monstro contemporâneo: notas sobre a construção da pedofilia como "causa política" e "caso de polícia". **Cad. Pagu**, Campinas , n. 41, p. 303-337, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332013000200016&lng=en&nrm=iso> .

LOWENKRON, Laura. Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas? **Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad**. Rio de Janeiro: Centro Latinoamericano em Sexualidad y Deret-chos Humanos, n° 5, 2010, p.9-29.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinicius. Crime Organizado. São Paulo: Método, 2017, p. 308.

MENEZES, Mariana Risério Chaves de; CAVALCANTI, Vanessa Ribeiro Simon . Mulher jovem e a cibercultura: liberdade, subordinação e reminiscências patriarcais no meio virtual. **Ex Aequo** (Oeiras). v. 35, p. 33-47, 2017.

NASCIMENTO, Hilda Angélica de Lucas. A Criança como Vítima de Crime. IN: SÉGUIN, Elida (Org.). **Aspectos Jurídicos da Criança**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** – Parte Geral – Parte Especial. Revista dos Tribunais, 2011 – 7ª ed.

PALOMBA, Guido Arturo. **Tratado de psiquiatria forense, civil e penal**. São Paulo: Atheneu Editora, 2003.

PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? In: ALGRANTI, L. (Org.). **A prática feminista e o conceito de gênero**. Textos Didáticos, n. 48. Campinas: IFCH/Unicamp, 2002, p. 7-42.

ROSSI, Rafael. **Criminalidade e Pornografia: O caso Ted Bundy**. 2016. Disponível em: <<http://vicioempornografiacomoparar.com/3256-2/>>

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal**. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

SAFFIOTI, Heleiete. 2004. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo.

SANTO, Kleber Assunção do Espírito. **Crimes Cibernéticos**. Tese (Universidade Tuiuti do Paraná). Curitiba, 2015.

O enfoque da lei maria da penha sobre as relações homoafetivas lésbicas: uma discussão sobre as limitações de alcance e efetividade

*Leticia CheminBulla*¹

*Mariana Letícia Rosa Brito*²

1. Introdução

A Lei 11.340/06 cria mecanismos de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a prevenir e coibir tal violência com o objetivo de erradicar a discriminação contra a mulher. Sendo considerada uma das legislações mais avançadas do mundo pela Organização das Nações Unidas, uma vez que introduz à legislação brasileira a concessão de medidas protetivas como um de seus institutos, também criando e vinculando instituições especializadas para o atendimento e cuidado às mulheres vítimas (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018).

Em seu artigo 2º, delinea-se o caráter interseccional da violência contra a mulher, ao prever em seu texto que a norma deve ser aplicada independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião (BRASIL, 2006). Dessa forma, a

1 Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina. Bacharel em Sociologia na Universidade Estadual do Mississippi.

2 Graduanda em Direito na Universidade Estadual de Londrina.

lei reconhece a complexidade da mulher brasileira, trazendo para o corpo normativo os múltiplos enfrentamentos que se entrecruzam e se interagem, exigindo equidade para o tratamento das questões de gênero.

Embora tal tendência normativa aponte para um avanço social da legislação para a diminuição da discriminação, a legislação denota tal interseccionalidade sem considerar especificidades a serem aplicadas para tais recortes. Como observado, são diversas as características que perpassam a realidade da mulher brasileira, dentre as quais se insere a orientação sexual, expressa pelo art. 2º do dispositivo.

Ademais, o art. 5º, parágrafo único, da Lei 11.340/06, após estabelecer o lócus de configuração da violência contra mulher em seus incisos, detalha que tais âmbitos se fazem presentes independentemente da orientação sexual da vítima de violência (BRASIL, 2006). Assim, atribui-se a violência vivenciada em uma relação homoafetiva aos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, portanto, caracterizando-se a união homoafetiva enquanto entidade familiar e doméstica (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015; CUNHA, PINTO apud DIAS, pag. 42, 2014)

2. Metodologia

A metodologia utilizada para o estudo de análise bibliográfica foi traçada a partir do uso de ferramentas de busca automática em bibliotecas digitais. Sendo utilizadas as plataformas ScientificElectronic Library Online (Scielo), Google Scholar, e o Sistemas de Biblioteca da Universidade Estadual de Londrina. Para efetividade e validade do tema utilizou-se as palavras chaves: Maria da Penha, Lei 11.340/06, homoafetividade, lésbica, agressora. Ainda, por meio da técnica snowballing, buscou-se outros trabalhos com base nos primeiros obtidos com intuito de abranger com eficácia a existente produção acadêmica sobre o tema.

3. Violência, lesbo-afetividade e Lei Maria da Penha

No horizonte da necessária incorporação de uma perspectiva de gênero ao sistema de proteção dos direitos humanos, a lei Maria da Penha, de nº 11.340/06, representa, no contexto brasileiro, um importante avanço no combate à violência doméstico-familiar contra a mulher. A lei erige-se como verdadeiro microssistema de proteção às mulheres vítimas, promovendo a tutela de seus direitos nos campos penal, cível, trabalhista e processual, além de estabelecer os diferentes âmbitos nos quais pode se dar a violência e pormenorizar as diversas facetas que esta pode assumir, seja ela física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

O caput do art. 5º da referida lei anuncia que a violência doméstica e familiar contra a mulher se configura a partir de qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, especificando no parágrafo único que as relações entre sujeito passivo e ativo independem de orientação sexual (BRASIL, 2006).

O cunho interseccional do parágrafo único do art. 5º tem como fato gerador e como fundamento a consolidação da relação homoafetiva como entidade familiar no Direito Civil, visto que caracteriza a relação homoafetiva em grau de paridade com a relação afetiva, doméstica, e familiar heterossexual. Assim, a Lei Maria da Penha se estende de modo a conferir à homoafetividade caráter afetivo, doméstico e familiar no âmbito jurídico (DIAS http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/35_-_viol%EAncia_dom%EGstica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf)

Assim, o sujeito passivo, para efeitos de concretização dos fins a que a lei se destina, é sempre do gênero feminino, e o sujeito ativo veiculador da violência pode ser tanto do gênero feminino, quanto do masculino. Nesta senda, permite-se que ocorra incidência da lei inclusive entre mãe e filha, por exemplo, relação que não é pertinente ao presente estudo, mas que exemplifica a abrangência da proteção da mulher desde que

haja violência baseada na condição feminina e que confere presunção de vulnerabilidade no contexto estrutural de desigualdade de gênero.

Preliminarmente, cabe ressaltar que quando o texto da lei recorre à expressão “gênero” para situar o teor da violência aplicada, trata-se de elemento normativo extrajurídico a ser destrinchado a partir de um referencial teórico que se adote. Assim, para Heilborn:

O comportamento esperado de uma pessoa de um determinado sexo é produto das convenções sociais acerca do gênero em um contexto social específico. E mais, essas idéias acerca do que se espera de homens e mulheres são produzidas relacionalmente; isto é: quando se fala em identidades socialmente construídas, o discurso sociológico/antropológico está enfatizando que a atribuição de papéis e identidades para ambos os sexos forma um sistema simbolicamente concatenado." (HELBORN apud SILVA JÚNIOR, 2006)

Nesse sentido, esse sistema simbolicamente concatenado que define os papéis e identidades para homens e mulheres é denominado de patriarcado (SILVA JÚNIOR, 2006). Numa visão restrita dos sujeitos da violência doméstica, já superada pela prática jurídica e pela própria literalidade da lei em questão, Silva Júnior afirma que a violência baseada no gênero é:

Aquela praticada pelo homem contra a mulher que revele uma concepção masculina de dominação social (patriarcado), propiciada por relações culturalmente desiguais entre os sexos, nas quais o masculino define sua identidade social como superior à feminina, estabelecendo uma relação de poder e submissão que chega mesmo ao domínio do corpo da mulher (SILVA JÚNIOR, 2006).

Apesar de a legislação ter abarcado a configuração da relação homoafetiva em seu texto, por força do art. 2º, atribuindo a aplicação da lei Maria da Penha aos referidos casos aos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, a interação entre a norma e a realidade se faz mais complexa do que a simples subsunção dos casos.

Ainda que haja uma tendência doutrinária e jurisprudencial de que a mulher vítima de violência doméstica e familiar caracteriza-se presumidamente por vulnerabilidades inerentes ao gênero e às relações sociais que estabelecem, parte da jurisprudência, por vezes, exige que haja uma motivação de discriminação à mulher, concretamente observada (BAZZO, DALTOÉ, LACERDA, pag. 590, 2017)

A jurisprudência da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que, para a aplicação da Lei 11.340/2006, não é suficiente que a violência seja praticada contra a mulher e numa relação familiar, doméstica ou de afetividade, mas também há necessidade de demonstração da sua situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, numa perspectiva de gênero. 2. A análise das peculiaridades do caso concreto, de modo a se reformar o acórdão que concluiu pela não incidência da Lei Maria da Penha, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, o que é inviável nesta instância extraordinária. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1430724/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015.

Na prática jurídica, a motivação do agente ativo com relação ao gênero pode ser assimilada através de elementos fáticos relatados pela vítima, tal como xingamentos depreciativos ou a configuração dessa violência num contexto de repressão alusiva ao rompimento de papéis sociais, entre outros. Todos relativos à condição feminina, com tendência a estabelecer controle, intimidação, submissão ou inferiorização sobre a mulher.

Quanto à aludida análise do caso concreto das relações homoafetivas, presentemente não possuímos parâmetros consolidados para fins de caracterização da incidência da disposição legal, o que pode apresentar-se como deficiência da eficácia na lei nessas relações e conseqüente desproteção da vítima a qual intentou-se salvaguardar. Essa deficiência se vê ainda mais perceptível se analisarmos as peculiaridades das relações lésbicas.

Porém, a violência perpetrada no seio da relação homoafetiva nem sempre se enquadra na lógica homem-agressor e mulher-vítima criada pela disposição legal em seu plano normativo, vez que a realidade que se configura é, padronizadamente, a da instituição doméstica e familiar relacional heterossexual.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), 25% do total de 29% das mulheres agredidas no Brasil, em 2005, não contaram a ninguém sobre a violência que sofreram; 60% nunca deixaram o lar, nem por uma noite, em função das agressões sofridas; menos de 10% procuraram serviços especializados de saúde ou segurança, e em média, a mulher demora 10 anos para pedir ajuda pela primeira vez" (OAB, Conselho Federal: *A cada 15 segundos uma mulher é espancada no Brasil*, 19/06/06). Evidentemente, a Lei Maria da Penha visa coibir a violência silenciosa, aquela ocorrida no interior das relações privadas. Porém, se na relação heterossexual, tal violência é invisibilizada, na relação homossexual, ela sequer é catalogada nos dados, muitas vezes.

Em análise estatística feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em seu estudo "Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil - 2ª Edição", 20,4% de mulheres relataram ter vivenciado algum tipo de violência nos últimos 12 meses, sendo a publicação da pesquisa no ano de 2019. Apesar de conter dados recortados por faixa etária, escolaridade, raça, região, o estudo não analisou a violência considerando o critério de orientação sexual, e quando se referiu a violências domésticas familiares apenas apresentou agressores de gênero masculino (cônjuge, companheiro, namorado, ex-cônjuge, ex-companheiro, e ex-namorado) (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, pag. 17, 2019).

Desse modo, configuram-se como sujeitos da dinâmica da violência uma pessoa agressora e uma vítima, e mediante a discriminação social, a mulher se torna figura vulnerável de tal relação. A limitação de dados a respeito da violência contra mulher na relação homoafetiva demonstra a sua invisibilização em decorrência de fatores singulares acrescidos à

condição lésbica num cenário predominantemente heteronormativo e lesbofóbico (SANTOS, pag. 6, 2012).

Paralelamente à invisibilização supramencionada, nota-se que no ano de 2017 foram relatados 2.738 casos de violência doméstica contra a mulher lésbica perpetrados por cônjuges, ex-cônjuges, namoradas ou ex-namoradas no estado do Paraná. Sendo 91,53% deles praticados por cônjuges, 91,58% destes ocorreram em domicílio, e 8,42% em locais públicos. Os casos relatados entre ex-cônjuges (6,46%), namoradas (1,57%), ex-namoradas (0,44%), ainda que em menor número, são uma significativa parcela das agressões (MAPA DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO, 2017). Em comparativo com os dados relatados pelo Fórum de Segurança, é possível observar que, ainda que os crimes contra a mulher de forma geral ocorram majoritariamente no âmbito doméstico (42%), quando comparado com o crimes sofridos por mulheres lésbicas, o cenário doméstico ganha especial evidência uma vez que, 90,06% delas trazem em seu relato a residência enquanto local de ocorrência. Tais números, em conjunção com a análise de outros autores a respeito do “duplo armário” experienciado por mulheres lésbicas, demonstram o aspecto ainda mais privativo da violência nas relações homoafetivas lésbicas (SANTOS, FREITAS, CEARA-SILVA, pag. 135, 2018; SANTOS, pag. 9, 2012; TOPA, pag. 13-20, 2010; VICKERS,1996).

A acentuada taxa de violência no âmbito privado somente revela a realidade recôndita da relação homoafetiva lésbica. Isto porque a homofobia estrutural da sociedade brasileira limita a ocupação de mulheres lésbicas em espaços públicos. Desse modo, o confinamento da relação homoafetiva se dá à esfera privada, corroborando ainda mais com a invisibilização da violência sofrida por essas mulheres. Ademais, tal realidade incide sobre o acesso à informação da população lésbica. Como demonstrado por Santos, Araújo e Rabello em seu estudo, apenas 52% de mulheres lésbicas tinham conhecimento sobre a incidência da Lei Maria da Penha em casos lesbo-afetivos (SANTOS, ARAUJO e RABELLO, pág. 114, 2014). O caráter privativo da relação lesbo-afetiva confere diferenças

às violências sofridas, sendo a mais comum a violência psicológica. Por vezes, esta adquire uma qualificante particular das relações homoafetivas conhecida como "outing", prática feita para ameaçar a exposição pública da sexualidade da vítima (OSÓRIO, pág. 11, 2016). A mulher lésbica vítima desta violência é também vítima da homofobia estrutural, a qual faz o âmbito privado como o meio único de pretensão afetiva, a coagindo em sua vulnerabilidade social a ali permanecer. Desse modo, o âmbito privado se conota estruturalmente seguro, sendo, portanto, utilizado como mecanismo psico-lesivo quando ameaçado de ser quebrado. Sendo assim, a dualidade do privado se faz lesiva a mulher lésbica tanto em um contexto macro quanto em micro social.

Destarte, a homofobia estrutural também incide no relato da violência sofrida na relação lesbo-afetiva, visto que, por diversas vezes, vítimas deixam de relatar sua violência em detrimento do estigma homofóbico para com a relação homoafetiva. Por outro lado, há também a negligência quanto à periculosidade dos casos por se tratar de uma relação entre duas mulheres, presumidamente submissas e não violentas na ótica machista, que gera uma limitação no alcance da Lei 11.340/06 nesses casos os quais a mulher é agressora (SANTOS, FREITAS, CEARA-SILVA, pag. 135, 2018). Todavia, a violência perpetrada por mulheres em seus relacionamentos homoafetivos se faz alarmante, visto que esta existe em grau relevante e prevalente (OSÓRIO, pág. 105, 2016)

A Lei Maria da Penha confere tipificação igualitária visando a não discriminação da população lésbica ao incluí-la na dimensão de proteção da mulher reconhecida como sujeito multifacetado. Contudo, ao contemplar a violência doméstica e familiar da relação homoafetiva em seu texto, a lei parte da instituição de uma concepção heterossexual como condição natural das relações.

A estruturação da heterossexualidade enquanto viés único relacional é embasada na binariedade dos sexos, idealizando tal fenômeno social enquanto padrão. Todavia, a desconstrução do conceito da naturalidade binária e a consagração da construção social da concepção de gênero

enquanto performatividade são admitidas pela autora Judith Butler, fazendo possível a observação da diferenciação da orientação sexual com a desconstrução da binariedade e gênero (BUTLER, pag. 59, 2008).

O afastamento da violência conjugal doméstica da concepção de relação homoafetiva, se consagra em um “duplo armário”, onde a mulher lésbica é alvo tanto da violência sofrida no interior da relação homoafetiva quanto da manifestada pela homofobia no exterior da realidade social (SANTOS, FREITAS, CEARA-SILVA, pag. 135, 2018; SANTOS, pag. 9, 2012; TOPA, pag. 13-20, 2010; VICKERS,1996). Em face da invisibilização pela não observação de sua interseccionalidade, a violência homoafetiva lésbica se torna nebulosa frente a uma norma pautada na realidade heterossexual, visto que por vezes os polos de agressora e agredida se misturam (SANTOS, FREITAS, CEARA-SILVA, pag. 135, 2018).

É observado por Daniella Tebar Avena que, nessas circunstâncias, entender a agressão em questão se torna delicado em decorrência das lentes culturais que impõe a cultura de que a mulher tende a ser submissa e não violenta (AVENA, p. 102, 2010), demonstrando como mesmo para as envolvidas na agressão pode ser complexo identificar determinada violência.

4. Considerações finais

É imprescindível entender o escopo da normatização da heterossexualidade e suas implicações na realidade social. Ainda que a Lei Maria da Penha revele-se progressista, acaba por colocar a relação homoafetiva em grau de comparabilidade em relação à heterossexual, fazendo com que a primeira se faça vista como mero reflexo da segunda. Esse fenômeno de normatização da heterossexualidade reitera a lógica da violência nos padrões binários de gênero para com a relação homoafetiva.

Por fim, cabe ressaltar que a discussão quanto aos conflitos abrangidos pelas relações de gênero, que se expressam na sua maneira mais aguda por meio de violências, é extremamente pertinente ao estudo dos

efeitos do alcance da norma e sua aplicação fora do arcabouço jurídico. Não obstante seja louvável que o legislador esteja sensível à realidade, reconhecendo que os direitos dos quais as mulheres titularizam nas relações domésticas e familiares sejam gozados independentemente de orientação sexual, devem ser reconhecidas todas condições singulares da mulher lésbica enquanto sujeito.

Referências

AVENA, D. T. A violência doméstica nas relações lésbicas: realidades e mitos. Aurora – Revista de Arte, Mídia e Política, São Paulo, n. 7, 2010.

BRASIL, Lei n.º 11.340 (Lei Maria da Penha), de 7 de Agosto de 2006.

BAZZO, M. S. ; DALTOÉ, C. M. ; LACERDA, S. B. F. . Aplicação da Lei Maria da Penha em relações de parentesco e a presunção da vulnerabilidade da vítima mulher no contexto de desigualdade de gênero. Revista Jurídica do MP-PR ? 6ª Edição, Paraná, p. 573 - 593, 30 jun. 2017.

BUTLER, Judith. Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2ªed., 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. Revista dos Tribunais LTDA, São Paulo, 6a Ed., 2014.

DIAS, Maria Berenice. Violência doméstica e as uniões homoafetivas. <[http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/35 - viol%EAncia_dom%EGstica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf](http://www.mariaberenicedias.com.br/uploads/35_-_viol%EAncia_dom%EGstica_e_as_uni%F5es_homoafetivas.pdf).> Acesso em: 30 de Setembro de 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil. São Paulo, 2ª Ed., 2019.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. <http://www.institutomariadapenha.org.br/>. Acesso: 30 de Setembro de 2019.

MAPA DA VIOLÊNCIA DE GENERO. *Gênero e Número*. Acesso: 27 de Setembro de 2019 <<https://mapadaviolenciadegenero.com.br/>>

- OSÓRIO, Lucia Filipa Violência na Intimidade nos Relacionamentos Homossexuais, gays e lésbicos. FCHS (DCPC) - Dissertações de Mestrado : [799], Porto, 2016.
- SANTOS, Ana Cristina. “Entre duas mulheres isso não acontece” – Um estudo exploratório sobre violência conjugal lésbica. Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, n. 98, p. 3-24, 2012.
- SANTOS, Nathaliê Cristo Ribeiro dos; FREITAS, Rita; CEARA-SILVA, Glauber Lucas. Violência conjugal lésbica: relatos de assistentes sociais que atendem mulheres na cidade de Niterói. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 134, p. 124-141, jan./abr. 2019.
- SANTOS, Tatiana Nascimento, Bruna Pinheiro da Araujo e Luiza Rocha Rabello. Percepções lésbicas e não lésbicas sobre a possibilidade de aplicação da lei maria da penha em casos de lesbofobia familiar e doméstica. Bagoas. n. 11. 2014.
- SEXTA TURMA. Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Recurso Especial 1430724/RJ. Relatora Ministra Maria Thereza de Assim Moura. Rio de Janeiro, 17 de Março de 2015.
- SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. Lei 11.340/06: violência doméstica e familiar contra a mulher. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1231, 14nov.2006.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Jurisprudência em Teses. Brasília, Secretaria de Jurisprudência, 41ª ed., 2015.
- TOPA, H. No arco-íris também há roxo: violência conjugal nas relações lésbicas”. LES Online, v. 2, n. 1, 2010.
- VICKERS, L. The second closet: domestic violence in lesbian and gay relationships – a Western Australian perspective, e Law Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law, Austrália, 1996.

**Grupos reflexivos para homens:
a necessidade de uma abordagem despenalizadora
no combate à violência doméstica**

*Mayara dos Santos Aimi
Régis Quartieri Nascimento*

Considerações iniciais

Historicamente, a estruturação da sociedade brasileira, de influência européia e cristã, deu-se de forma que o ambiente público era destinado aos homens, enquanto o espaço privado cabia às mulheres. As relações afetivas, conseqüentemente, funcionavam calcadas na ideia de que a mulher era propriedade do homem e, assim sendo, cabia somente a ele as decisões e até mesmo as violações sobre o seu corpo.

Assim, com papéis de gêneros solidificados ao longo de gerações, homens e mulheres correspondiam ao que lhes era esperado, de forma que, na privacidade das relações domésticas, naturalizava-se a violência contra a mulher. Delimitou-se nitidamente, portanto, a ideia de um homem másculo e provedor e de uma mulher submissa a ele.

Em contraponto, a Lei Maria da Penha propõe-se a alterar profundamente a estrutura de um Estado que se fazia pacífico diante de tais relações. Nesse sentido, a fim de coibir a violência doméstica, utiliza-se de institutos de proteção, punição e prevenção. Assim, por entender a violência de gênero em uma perspectiva estrutural, ou seja, construída

culturalmente, define em seu texto mecanismos alternativos para erradicar a problemática.

O presente trabalho, concebeu-se diante da percepção de que a aplicação de tal legislação restringe-se, grande parte das vezes, aos mecanismos penais tradicionais. Nota-se, então, uma contradição no que a lei propõe e o modo como é posta em prática. Este contrassenso pode reafirmar paradigmas estruturais ao invés de combatê-los, abrindo margem para que a punição por violência doméstica recaia sobre a clientela regular do sistema penal. Igualmente, não indica impactos comportamentais e de responsabilização relevantes, perpetuando uma cultura machista e, portanto, contribuindo para a reincidência.

Isto posto, ensejou-se o destaque de institutos despenalizadores¹ constantes na norma, em especial, o disposto no artigo 35, inciso V, que estabelece a criação e promoção de centros de educação e reabilitação para os agressores, e o art. 45, que alterou a redação do art. 152 da Lei de Execuções Penais. Esses dispositivos, ante a crise estrutural do sistema penal, aventam a possibilidade de proporcionar a coibição da violência doméstica de maneira mais efetiva.

Desta forma, partiu-se da premissa geral dos institutos de prevenção voltados aos homens, buscando mapear e verificar a aplicabilidade e efetividade de grupos reflexivos no estado no Rio Grande do Sul, a partir da criação da lei. Para tanto, utilizou-se a técnica de documentação indireta, subdividida em pesquisa documental, com revisão de arquivos públicos e estatísticos, bem como pesquisa bibliográfica. Por fim, a análise dos dados coletados, deu-se a partir do método de procedimento monográfico, concluindo-se, então, sobre a (in)eficiência dessas ações na prevenção à violência contra a mulher.

¹A presente pesquisa entende o termo “Institutos Despenalizadores” como métodos e metodologias que fujam do Sistema Penal Clássico. Sabe-se que, embora a própria lei utilize estes institutos em complementação ao aprisionamento, nos propomos a pensar essas abordagens como impulsos para o desenvolvimento de alternativas rumo ao desencarceramento. Sendo assim, lê-se aqui a despenalização enquanto mecanismos que trabalham com a ideia de verdadeira responsabilização, fora da lógica do sistema prisional.

1. A Lei Maria da Penha em uma perspectiva criminológica-crítica: construção histórica e ideológica

Evidentemente, a construção do Direito - tanto no âmbito privado quanto público - foi moldada na perspectiva masculina. O Direito Civil Brasileiro, ainda depois do novo Código Civil de 2002, apresenta resquícios da lógica da propriedade privada e patriarcal, na qual os filhos homens seriam os herdeiros legítimos, estando as mulheres em um segundo plano. No que se refere ao Direito Penal, os ideais de propriedade também se estendiam aos corpos femininos, havendo por muito tempo teses que sustentavam a “legítima defesa da honra” nos casos de violência contra a mulher.

Nessa seara, coube aos movimentos sociais, em especial, os movimentos feministas advindos de meados dos anos 60 do século XX, capitanear uma atuação positiva do Estado em relação aos casos de violência de gênero. Houve, inicialmente, a necessidade de rachar a camada do ambiente privado, com intuito de tutelar uma realidade gritante de violações de Direitos Humanos.

No Brasil, o caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, pela negligência do sistema jurídico brasileiro em apresentar respostas, foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após a tramitação, no ano de 2001, a CIDH responsabilizou o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres.

A partir desse processo, dentre as sanções impostas pela decisão, constavam a necessidade da adoção de políticas públicas voltadas à prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher. Nasce, a partir do início do século XXI, juntamente com a tentativa de adoção desses parâmetros, uma política criminal. O processo de recrudescimento da legislação, no que concerne a violência de gênero, constitui um

marco em 2004, com a publicação da Lei 10.886², aumentando a pena do crime de lesão corporal para os casos de violência doméstica.

Posteriormente, no contexto de criação da LMP, notou-se a contínua preocupação dos grupos feministas no que diz respeito a abordagem da questão de gênero como um fenômeno complexo. Para tanto, foi necessária a ampliação do conceito de violência e da compreensão de que a resposta não pode ser dada meramente no campo da criminalização.

Percebe-se que na Lei 11.340 de 2006 definiu-se como violência doméstica as violações que ultrapassam meramente o aspecto físico, compreendendo o âmbito moral, patrimonial e psicológico, bem como estabeleceu-se mecanismos de prevenção e proteção para além dos de punição. Nesse sentido, Carmen Hein de Campos explicita a demanda de movimentos feministas que ensejou a criação da Lei Maria da Penha:

Um aspecto que denota grande diferencial no processo de produção e proposição da LMP compreende o protagonismo do movimento feminista e de mulheres. A LMP é pensada, gestada e proposta por um consórcio de ONGs feministas e pelo movimento de mulheres (BARSTED, 2011; CALAZANS; CORTES, 2011). A partir das necessidades concretas sentidas por mulheres de carne e osso atendidas por organizações feministas, o feminismo brasileiro propõe então uma legislação que trata a violência doméstica como um fenômeno complexo e com uma abordagem integral, intersetorial e interdisciplinar (CAMPOS, 2011, 2016). (CAMPOS, 2017, p. 12).

Além da necessária ampliação do conceito de violência doméstica, forjou-se uma série de aparatos de suporte às mulheres. Cabe relatar, dentre estes, o estabelecimento de medidas protetivas de urgência, a possibilidade da prisão preventiva e em flagrante do autor, a criação de Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar, bem como delegacias especializadas.

Contudo, os dados de violência doméstica no Brasil apresentam uma situação permanentemente crítica. A pesquisa “Visível e Invisível: a

²A Lei n. 10.886, de 17 de junho de 2004, acrescentou parágrafos ao art. 129 do decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –Código Penal, criando o tipo especial denominado “violência doméstica”.

vitimização das mulheres no Brasil 2ª edição”, realizada pelo Instituto DataFolha e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), com publicação no ano de 2019, registrou que nos últimos 12 meses, 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento no Brasil. Ademais, 42% dos casos de violência doméstica ocorrem em ambiente doméstico.

Percebe-se, dessa forma, um nítido descompasso entre o texto legal, sua aplicação enquanto política criminal e seus resultados. Nesse sentido, urge a compreensão de que a legislação pode não estar cumprindo plenamente os objetivos a que se propõe. Como cita Zaffaroni (1991, p.18) o sistema jurídico-penal é elaborado sobre um texto legal, dogmaticamente, na forma do “dever ser”, não bastando-se em si mesmo. Há, portanto, o entendimento de não ser suficiente a abordagem do tema da violência de gênero somente pela via da legalidade estrita, cabendo entender para que caminhos o texto legal nos direciona e onde há lacunas na sua aplicação prática.

1.1 Os institutos constantes nas LMP e a possibilidade de uma abordagem despenalizadora

O viés criminológico-crítico propõe, em si, a análise das legislações em três aspectos fundamentais, quais sejam: política criminal, lei e aplicação prática. O primeiro ponto caracteriza-se por movimentos político-criminais advindos de anseios sociais, dotados de suas ideologias. A partir disso, estrutura-se uma lei penal com mecanismos de combate a determinado fato-social. Entretanto, a forma como tal se dará na prática, nem sempre corresponde ao legalmente codificado.

Claramente, no Brasil, os movimentos feministas foram responsáveis por ajudar na elaboração de uma legislação complexa, preocupados com a percepção estrutural do problema. Assim, considerando a violência doméstica como um fenômeno complexo e que necessita de uma abordagem multivariada, a Lei Maria Penha não se restringe a mecanismos de

punição, mas também faz uso de institutos de prevenção e proteção à violência contra a mulher.

Em seu corpo, estabelece um capítulo específico referente à medidas integradas de prevenção, entendendo, por exemplo, que a atuação dos órgãos operacionais - entes federativos, órgãos judiciais e sociedade civil - deve se dar de forma conjunta. Entretanto, percebe-se que os números de acusados e vítimas de violência doméstica não têm reduzido substancialmente, conduzindo à hipótese da mera aplicação tradicional voltada ao sistema penal.

Coube, na análise da lei, retirar institutos que abrangem a ideia de prevenção voltadas aos homens, na medida em que o sistema penal acaba por ser a via de esgotamento e conflito. Encontra-se, basicamente, dois institutos que remetem a abordagem com o público autor de violência, sendo um deles intimamente ligado a aplicação da pena e o outro estabelecido de maneira programática.

Neste rumo, o disposto no art. 35, inciso V, da Lei n. 11.340/06, *in verbis*:

Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:
[...]

V - centros de educação e de reabilitação para os agressores.

E, ainda, o art. 45, que altera a redação consoante no art. 152, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, *in verbis*:

Art. 152. Poderão ser ministrados ao condenado, durante o tempo de permanência, cursos e palestras, ou atribuídas atividades educativas.

Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.

Tais artigos revelam um fio condutor no que se refere a enxergar a violência de gênero como consequência de uma estrutura machista. Alimenta-se, nesse viés proposto pela legislação, abordagens alternativas e complementares frente ao problema, enxergando a necessidade de uma responsabilização efetiva dos homens que se encontram nessa condição, em contraposição à simples punição que o processo penal acaba por realizar. Como aborda Machado:

Resta, claro, portanto, que a lei não visa, unicamente, a punição do agressor. Preocupa-se também com a sua reeducação e tratamento, pois é certo que o Direito Penal, por si só, não é capaz de transformar o autor de violência. Especialmente no campo da violência doméstica, em que a violência de gênero é fruto de uma construção sócio-cultural e, na grande maioria das vezes, essa violência é cíclica e tende a se reproduzir em todas as relações: afetivas, amorosas, no ambiente de trabalho e em outras relações sociais. (MACHADO, 2014, p. 90)

A cultura comporta, por óbvio, mulheres e homens, sendo de extrema importância que se atue na mudança de comportamento dos agressores. Estas ações comportam a esfera da prevenção da Lei Maria da Penha, podendo evitar a incidência e reincidência desses agentes. Reforça Zorzella (2014, p.29) que na busca de uma maior eficácia das políticas públicas de combate à violência contra a mulher, é primordial que os grupos reflexivos de gênero com autores de violência ganhem maior destaque na agenda de políticas públicas do Estado.

A violência, ainda que malevolente, é um tipo de linguagem que contribui para formação dos papéis de gênero dentro das relações. Constroem-se estereótipos de agir que, muitas vezes, relativizam o que é ou não violência. Revela-se, assim, uma profundidade nos relacionamentos que fogem do mero e reduzido campo de ação do direito e de sua abordagem tradicional - cabendo atuações de áreas como a psicologia e assistência social.

Como aborda ANDRADE (2006), o sistema penal vive em uma constante crise de legitimidade, seja por problemas considerados conjunturais

ou estruturais, sendo controverso que se busque nessa seara a solução para a problemática em questão. Em que pese, mesmo com o avanço da Lei Maria da Penha, os índices de violência doméstica no Brasil ainda são gritantes, como expõe os dados da pesquisa “Visível e Invisível: a vitimização das mulheres no Brasil”, expostos acima.

Nessa lógica, tem-se como urgente a efetivação de outros institutos que comumente ficam em segundo plano, aventando-se como possibilidade os grupos reflexivos com homens autores de violência contra a mulher. Nos próximos tópicos, portanto, através de um mapeamento desses grupos no Estado do Rio Grande do Sul, desde a criação da Lei, buscou-se verificar a (in)eficiência destes na reeducação e responsabilização dos acusados, além de uma alternativa viável no combate à violência de gênero.

2. Mudança de paradigma no enfrentamento à violência doméstica

Faz-se crucial a compreensão da influência que as relações de poder e a construção histórica e social dos papéis de gênero têm nos casos de violência contra a mulher, de forma que, evidentemente, os mecanismos tradicionais de punição não são suficientes para o seu combate. Nessa perspectiva, colocam-se como também necessárias ações voltadas aos homens, que intentem gerar mudanças comportamentais.

Historicamente, atribui-se às mulheres comportamentos dóceis, emotivos e sensíveis, enquanto que aos homens cabe a razão, a virilidade e a contenção de sentimentos, os quais apenas vêm à público quando extrapolados e, em geral, de maneira bastante agressiva. Assim, moldam-se sujeitos com identidades díspares, as quais terão influência direta em seus relacionamentos futuros.

Dessa análise, depreende-se que as formas de representação do gênero na sociedade, as concepções, símbolos e figuras de linguagem corroboram para a formação da personalidade do indivíduo, uma vez que homens e mulheres são educados para revestirem-se das identidades de gênero que lhes são atribuídas social e culturalmente. (ZORZELLA, 2014, p.10).

Ou seja, essa construção social coloca na agressividade e na força física algumas das maiores afirmações de masculinidade, que enxerga na mulher, frágil e delicada, uma menor valoração social. Portanto, Zorzella (2014) expõe que a violência estrutura-se em uma cultura com rígidas divisões de papéis de gênero, seja na esfera privada, seja na pública, assim como no âmbito doméstico, laboral e político. Logo, a desconstrução desses estereótipos se faz como grande obstáculo no combate à violência doméstica.

Tal construção e seus impactos são abordados pelo Relatório “Visível e Invisível: a vitimização das mulheres no Brasil - 2ª edição”:

Enfrentar a violência contra a mulher exige romper muitas barreiras, que se estendem desde os “pré-conceitos” e machismos naturalizados até os fatores que mantêm as mulheres em silêncio como temor, vergonha, crença na mudança do parceiro e revitimização por parte de autoridades e da sociedade. Essa violência tem vitimado mulheres pelas mãos de agressores conhecidos, iniciando-se na juventude e agravando-se na fase adulta. (FÓRUM DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA, 2019, p. 26)

Nesse ponto, tratando-se de problemas complexos, para os quais a ciência jurídica não possui, sozinha, subsídios suficientes à resolução, encaixam-se os grupos reflexivos de gênero. Conforme Acosta, Filho e Bronz (2004), tais grupos configuram-se como uma forma específica na abordagem da violência doméstica, de maneira que podem - e devem, ser desenvolvidos por profissionais de diferentes áreas, como educação, saúde e ciências humanas.

Assim, em um espaço aberto à escuta e a reflexão, os grupos com acusados buscam trabalhar as relações subjetivas de construção de cada participante, de forma a entender as violências que sofreram e que causaram. Tem-se, então, um local onde os homens podem expor suas questões e ouvir as de semelhantes.

O grupo reflexivo constitui-se como um espaço de inclusão dos sentimentos, da subjetividade e das relações em um sistema grupal de convivência e reflexão. Caracteriza-se como um contexto para a reflexão sobre temas do cotidiano dos homens que em geral não são abordados, constituindo-se em

um modelo sistêmico para a prevenção e interrupção da violência intrafamiliar de gênero. (ACOSTA; FILHO; BRONZ, 2004, p. 23).

Ademais, a condução dos encontros, com abordagem de temas como a masculinidade tóxica e o machismo, intenta fazer com que os homens percebam suas masculinidades vulneráveis, bem como violências cotidianas. O intuito das abordagens propostas pelos grupos é, de fato, relativizar a construção do “masculino” formatado a partir de conceitos geradores de comportamentos violentos.

Podemos, também, definir os grupos reflexivos como espaços para compartilhar dores, temores, feridas e para romper a solidão e o silêncio masculinos sobre a vida privada e pública, tendo como base o desenvolvimento de sentimentos de confiança, fraternidade e solidariedade. Tais sentimentos são alternativos à violência e à competição na relação entre homens e mulheres e entre os próprios homens. Os grupos são um recurso para se lidar com relações e situações conflitantes e violentas nas quais os homens percebem suas masculinidades vulneráveis, associando-as a sentimentos de medo, confusão e raiva. (ACOSTA; FILHO; BRONZ, 2004, p. 24).

Nesse sentido, os espaços reflexivos têm grande importância na desconstrução de masculinidades e violências culturalmente construídas, ainda mais quando muitas delas não são entendidas como tal, mas sim como atos de proteção e cuidado. Portanto, esse olhar crítico é essencial para a interrupção da violência intrafamiliar, fazendo com que comportamentos abusivos não se perpetuem nos relacionamentos futuros que esse homens virão a ter.

2.1. A efetividade de grupos de reflexão com agressores no estado do Rio Grande do Sul

Por meio de pesquisa bibliográfica, realizou-se um mapeamento no estado do Rio Grande do Sul, desde a criação da Lei Maria da Penha, a fim de descobrir se existem ações voltadas aos homens acusados de violência doméstica e se, em caso afirmativo, estas têm gerado resultados positivos.

Inicialmente, cabe ressaltar a dificuldade que se teve em encontrar dados oficiais, e até mesmo de fontes informais, sobre os grupos reflexivos de gênero. Para tanto, levantam-se possíveis hipóteses: a existência quase nula de ações com essa abordagem; a falta de consolidação dos grupos existentes; ou, ainda, o descrédito do Poder Público para com estes.

Nessa perspectiva de poucos grupos e de dados escassos sobre os existentes, destacam-se as experiências do “Grupo Reflexivo de Gênero”, da Comarca de Porto Alegre, do “Projeto HORA - Homens, Orientação, Reflexão e Atendimento”, desenvolvido em Caxias do Sul e do projeto “Homem que é homem não bate em ninguém”, realizado em São Leopoldo.³

Os dois primeiros espaços são iniciativas do Juizado de Violência Doméstica das Comarcas e tiveram início em 2011 e 2014, respectivamente; já o terceiro, funcionou entre novembro de 2016 e dezembro de 2018, desenvolvido pela Associação Arte Cultura Para a Paz Isaura Maia (AAPPIM), com apoio financeiro da Fundação Luterana de Diaconia e em parceria ao Juizado de Violência Doméstica de São Leopoldo.

Por meio da revisão bibliográfica dos dados encontrados e disponibilizados, verificou-se que os grupos atuam de forma bastante semelhante. Assim, serão expostos a seguir os objetivos, o público-alvo, a metodologia dos encontros e os resultados obtidos.

De forma comum a todos, os grupos possuem como objetivo fazer com que os homens reflitam e repensem determinados padrões de comportamentos, os quais são construídos socioculturalmente, e, assim, possam reconhecer as violências praticadas e identificar ações que, em muitos casos, não viam como violentas. Portanto, possuem em papel educativo, reflexivo e preventivo, objetivando, em especial, diminuir os índices de reincidência.

A Juíza de Direito titular do 1º Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Porto Alegre, Madgéli Frantz Machado, expõe sobre o processo de reflexão responsabilizante que busca-se atingir.

3 verificou-se também a existência de um grupo reflexivo na cidade de Vacaria, desenvolvido pela Promotoria de Justiça junto ao Projeto Acolher. Contudo, pela carência de dados, não foi possível verificar a metodologia do grupo, dados de reincidência e nem mesmo se o grupo ainda está em funcionamento.

Trata-se de uma oportunidade para que os homens se comprometam em construir com suas parceiras, presentes ou futuras, relações mais cooperativas e solidárias, a partir do reconhecimento da violência praticada. Permite-lhes construir alternativas, através do diálogo, para lidar com as diferenças e conflitos vivenciados em suas suas relações íntimas, familiares e cotidianas. Proporciona aos participantes a possibilidade de reflexão em relação à violência intrafamiliar e de gênero e de adoção de uma postura de não-violência, num verdadeiro processo de “reflexão responsabilizante”. A intervenção propicia, também, a identificação de necessidades específicas dos integrantes do grupo, como por exemplo, de encaminhamento para tratamento terapêutico, o que é realizado pela equipe multidisciplinar, assim que feito o diagnóstico. (MACHADO, 2014, p. 93).

Diante disso, compreende-se que a violência possui duas partes envolvidas, sendo também necessário intervenções voltadas ao homem, autor da agressão, almejando-se a efetiva resolução do problema. Assim, visando a prevenção, mais do que a atuação posterior ao ato da violência, os grupos buscam, por meio da transformação de práticas culturais, o enfrentamento à violência de gênero. (MACHADO, 2014).

Quanto ao público-alvo, no Grupo de Porto Alegre, participam tanto homens que apenas possuem processo de medidas protetivas, quanto aqueles que já foram penalmente condenados ou que estão presos preventivamente e desejam a revogação da prisão; neste último caso, a frequência é obrigatória. Em São Leopoldo, o Juizado de Violência Doméstica envia à AAPPIM, por e-mail, a lista de homens que deverão comparecer ao encontro inicial, além de ocorrer, também, a procura espontânea. Por fim, em Caxias do Sul, assim que se recebe a denúncia de violência, determina-se que o acusado compareça ao Foro para conhecer o Projeto HORA, sendo permitido aderir ou não ao grupo; destaca-se que dependentes químicos, alcoólatras e homens com problemas psíquicos são atendidos individualmente, podendo haver o encaminhamento ao Projeto Justiça Terapêutica.

A metodologia de abordagem dos grupos também coincide em diversos aspectos, sendo que, em todos, definiu-se um número mínimo de

encontros, que varia de 5 a 12. O primeiro destina-se a realização de uma entrevista com o acusado, de modo a conhecê-lo e a explicar os objetivos e funcionamento dos grupos reflexivos sobre gênero.

Posteriormente, dá-se início aos encontros coletivos, que funcionam em círculos e permitem que os participantes ouçam e sejam ouvidos. A duração é de, aproximadamente, uma ou duas horas, período em que são discutidos temas como papéis e estereótipos de gênero, masculinidade tóxica, machismo, relacionamentos abusivos e alienação parental. Frisa-se, por fim, a atuação interdisciplinar dos espaços, que são conduzidos por profissionais de diferentes áreas, como Direito, Psicologia e Assistência Social.

Quanto aos resultados obtidos, o Grupo Reflexivo de Porto Alegre, segundo dados disponibilizados pela juíza Madgéli Frantz Machado à Gaúcha ZH (2018), já atendeu cerca de 543 homens, sendo que apenas 13 tiveram novos episódios de violência. Já o Projeto Hora, que atendeu mais de 1891 agressores, de acordo com informações da Câmara Municipal de Caxias do Sul (2018), teve apenas 18 reincidências entre os participantes.

Constata-se, então, que os grupos reflexivos tem gerado índices baixíssimos de reincidência, de modo que revelam-se como uma alternativa viável no combate à violência doméstica. Portanto, abre-se margem para pensar que ações despenalizadoras tendem a apresentar resultados fáticos mais expressivos e resolutivos na solução dos conflitos de gênero.

3. Conclusão

As relações domésticas são constituídas de complexidades que a dicotomia vítima/agressor não comporta. A violência e a passividade são, também, conceitos ensinados e aprendidos - reproduzidos nos comportamentos sociais. A ideia de amor e cuidado nos é permitida experienciar em cada vivência humana.

Há necessidade de ultrapassar a abordagem pelo mero viés criminal. A atuação por vias alternativas junto aos homens autores de violência é, também, uma forma de atuar pelas mulheres. A validade do

discurso de construção social perpetrado pelos movimentos feministas às mulheres, cabe aos homens - respeitadas as suas especificidades.

Dessa forma, a violência de gênero começa a ser compreendida a partir do momento em que se investiga quais suas causas - oportunizando ao indivíduo a sua descoberta. Cabe-se dizer que a responsabilização é necessária e vital, o que se contesta é por quais meios ela ocorre e se de fato é efetiva.

É necessária a análise de que, talvez, não esteja na aplicação do Direito as respostas para a quebra dos ciclos de violência. Diz isso, pois, comumente o direito no plano fático é a própria violência. O processo de prevenção a partir da reflexão é a verdadeira possibilidade de autorresponsabilização, de enxergar-se como ser responsável pela construção, acertos e erros de uma relação afetiva.

Logo, diante dessa perspectiva, os números de reincidência constatados, atestam a efetividade das medidas de prevenção. Conclui-se, dessa forma, que se voltados os olhares dos agentes públicos e sociedade civil para o aspecto reeducador, é possível a redução dos números de violência.

Consequentemente, o alcance da transformação cultural se dá por meio do ataque às bases da estrutura que sustentam o machismo e a misoginia. É certo que, o sistema penal deslegitimado, não tem promovido a alteração do status quo. Em contrapartida, os grupos reflexivos, ainda que em pequenos focos, sustentam melhores perspectivas.

Referências

ACOSTA, F.; ANDRADE FILHO, A.; BRONZ, A. **Conversas homem a homem**: grupo reflexivo de gênero: metodologia. Rio de Janeiro: Instituto Noos, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo**: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. Revista Sequência, no 52, p. 163-182, jul. 2006.

ASSOCIAÇÃO ARTE CULTURA PARA A PAZ ISAURA MAIA. **Homem que é homem não bate em ninguém**: experiência no atendimento aos homens em São Leopoldo/RS. Relatório técnico. São Leopoldo, 2018.

BRASIL. LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006. **Lei Maria da Penha**. Brasília, DF, ago 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. LEI Nº 10.886, DE 17 DE JUNHO DE 2004. **Lei que cria o tipo especial denominado "Violência Doméstica"**. Brasília, DF, jun 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.886.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, jul 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

_____. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, jan 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 jun. 2019.

CAMPOS, Carmen Hein de. **Lei Maria da Penha**: necessidade de um novo giro paradigmático. Revista Brasileira de Segurança Pública, São Paulo, v. 11, n. 1, p.10-22, mar. 2007.

CHAGAS, Gustavo Monteiro. **Projeto HORA: reincidência de agressores em Caxias do Sul é inferior a 1%**. Disponível em: <https://tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?print=true&idNoticia=337056>. Acesso em: 11 jun. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA; DATAFOLHA. **Visível e invisível**: avitimização de mulheres no Brasil; relatório técnico. Brasil, 2019.

MACHADO, Madgéli Frantz. **Agressores anônimos**: como funcionam os grupos reflexivos que buscam regeneração. Gaúcha ZH (online), 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/11/agressores-anonimos-como-funcionam-os-grupos-reflexivos-que-buscam-regeneracao-cjnzoxgboai4oipj5yugjena.html>. Acesso em: 19, jun 2019.

_____. Prevenção, Atenção e Enfrentamento à Violência Doméstica contra a Mulher: Grupo Reflexivo de Gênero, uma experiência exitosa. **Relatório Lilás 2014**, Porto Alegre, p.89-96, 2014.

TEODORO, Matheus. **Projeto HORA é apresentado na tribuna da Câmara Municipal de Caxias do Sul**: Ação trabalha para que homens acusados de agressão às mulheres não voltem a cometer crimes desse tipo. Disponível em: <http://www.camaracaxias.rs.gov.br/noticias/index/15427>. Acesso em: 16 jun. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZORZELLA, Vívian Lorea. **Grupos de reflexão de homens**: para além da polarização agressor/carrasco-ofendida/vítima no contexto da Lei 11.340/06. 2014. Trabalho de Conclusão de Curso –Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, RS.

Estereótipo da masculinidade e a reconstrução da dignidade da pessoa humana

*Marcelo Luan Lopes Jarreta*¹

*Matheus Felipe Galera de Oliveira Costa*²

1. Introdução

A masculinidade constantemente é pauta, seja de discussões científicas, religiosas, psicológicas, dentre outras. Situação não diferente ocorre na criação e interpretação de leis e princípios que, ao longo do tempo, sempre foram formados tendo como base uma masculinidade lógica, padronizada e estereotipada.

A discussão em volta do tema é ampla e não ignora a problemática entorno da identidade masculina, posta em xeque na contemporaneidade dada a busca pelo homem atual por uma nova descrição de si mesmo, bem como pelo reconhecimento de normas de sexualidade que vem contra a construção histórica padrão.

A sexualidade, aliás, pode-se dizer que jamais foi compreendida como um conceito fechado e bem definido. Michel Foucault (1986), ao explicar a origem do próprio termo (sexualidade), demonstra o quanto a discussão em volta do tema pertence às sociedades modernas e pós-modernas.

¹ Graduando de Direito pela Universidade Estadual de Londrina; marcelo.ljarreta@gmail.com.

² Graduando de Direito pela Universidade Estadual de Londrina; matheus.me@hotmail.com.

Com base nessa discussão é que se nota quanto princípios e normas dogmáticas do direito se tornam vazias em seus próprios fundamentos para inúmeros indivíduos que, em constante luta por reconhecimento, não se compreendem abarcados pelas tidas garantias jurídicas.

De modo amplo, é preciso que se compreenda tal problemática a fim de se repensar o modelo jurídico para uma nova lógica que, em demasia, passa pela desconstrução do próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

1.1 A (des)construção histórica dos direitos fundamentais

Poucos anos após seu início, com a Proclamação da República em novembro de 1889, a democracia brasileira passou por dois marcantes episódios que mancharam eternamente a história do país: a ditadura getulista e o regime militar. Esse último, apresenta consequências até os dias atuais, responsável pela destruição de inúmeras famílias devido ao assassinato e desaparecimento de seus membros.

Objetivando amenizar os erros do passado e inaugurar uma época de efetivação de direitos fundamentais, foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Logo em seu primeiro artigo, o texto constitucional decreta o Estado brasileiro como sendo um Estado Democrático de Direito, composto por princípios e fundamentos guiadores da vida em sociedade (BRASIL, 1988).

O conceito de personalidade está inserido no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Schreiber (2018, p. 98), a ideia de personalidade é representada em dois planos, o subjetivo e o objetivo. No sentido subjetivo, a personalidade é a legitimidade que uma pessoa apresenta de ser detentora de deveres e direitos. A personalidade em âmbito objetivo é o que difere os tipos de pessoas previstas na norma jurídica brasileira, a pessoa jurídica e a pessoa natural. Apenas a natural é detentora de personalidade objetiva, representada pelos direitos da personalidade, como o direito à honra, ao nome, à imagem, à vida priva-

da, positivados como direitos e garantias fundamentais na Carta Magna brasileira.

Porém, de nada vale a igualdade e os direitos garantidos no ordenamento jurídico se o Estado não corrobora para sua efetivação e mais ainda, se o reconhecimento de indivíduos subjugados não corrobora com a legitimação destes como pessoas dignas e titulares de direitos fundamentais. Conforme as palavras do ministro Fachin (2012, p. 40) atualmente no direito brasileiro:

[...] ser sujeito de direito tem correspondido a ser eventualmente sujeito de direito. A susceptibilidade de tal titularidade não tem implicado concreção, efetividade. A proclamação conceitual inverte-se na realidade. Livres e iguais para não serem livres e iguais.

Ao adentrar o campo do Direito Privado, necessário se faz recorrer aos ensinamentos de Maria Helena Diniz. No que concerne aos direitos da personalidade, a jurista tece em sua obra (2002, p.135) a seguinte definição:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Conforme destacado pelo primeiro artigo do Código Civil (BRASIL, 2002) que trata sobre os Direitos da Personalidade, salvo exceções dispostas pela própria norma jurídica, estes são dotados de caráter intransmissível e irrenunciáveis. Por força constitucional, também são considerados invioláveis, de acordo com art. 5º, X (BRASIL, 1988), dispositivo este que elenca as prerrogativas consideradas “Direitos Fundamentais” pela norma pátria máxima, sendo responsabilidade do Estado brasileiro zelar pela sua defesa.

A vigente Constituição apresenta em seu Título II os direitos fundamentais e as garantias fundamentais. Por serem introduzidas conjuntamente, há o equívoco de se pressupor que as expressões possuem o mesmo significado. Segundo as palavras de David Araujo e Nunes Júnior (2014, p. 150), os direitos e as garantias diferem-se por suas finalidades: “Enquanto os direitos teriam por nota de destaque o caráter declaratório ou enunciativo, as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental, vale dizer, seriam os meios voltados para a obtenção ou reparação dos direitos violados”.

Para evidenciar a diferenciação entre direitos e garantias fundamentais de maneira prática faz-se uso do texto do artigo quinto, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Tal dispositivo apresenta como direitos fundamentais a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, sustentados pela indenização por dano material ou moral caso haja a violação desses direitos. Sendo assim, a possibilidade prevista de pleitear por indenização é uma garantia que viabiliza a efetividade dos direitos da personalidade declarados nesse inciso.

Contudo, quando se analisa a efetivação das garantias fundamentais pelo caráter intersubjetivo, no que diz respeito às inúmeras manifestações de masculinidade na atualidade, evidencia-se que não é todo indivíduo que se enquadra no padrão do “sujeito de direito”.

Exemplo latente dessa afirmação é a necessidade da judicialização para garantir que determinada pessoa possa ser chamada pelo nome que lhe convém o uso, o caso do nome social à comunidade trans. A marginalização desse coletivo é de tamanha dimensão que foi preciso uma decisão colegiada da mais elevada Corte do ordenamento jurídico pátrio para efetivar a eficácia de um direito fundamental.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4275, o Supremo Tribunal Federal, em sua maioria, votou a favor do pedido da ação ajuizada

pela Procuradoria-Geral da República ao reconhecer aos transgêneros o direito de modificar prenome e gênero em registro civil sem a necessidade de passar por cirurgia de transgenitalização.

A Procuradoria-Geral da República requereu a interpretação do artigo 58 da Lei nº 6.015/1973 (BRASIL, 1973), dispositivo este que permite a alteração de prenome por “apelidos públicos notórios”, conforme certos dispositivos da Lei Maior, entre eles o art. 1º, III, que positiva a defesa da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro.

Em seu voto, o relator da ADI 4275, Ministro Marco Aurélio Mello, deixou claro a existência de um padrão normatizado socialmente e excluído em relação à comunidade trans.³

Em sua decisão, o Ministro também sistematiza determinados critérios que devem ser levados em conta para que o indivíduo possa ser considerado transexual e, conseqüentemente, fazer uso do direito à mudança do nome social sem procedimento cirúrgico. Esses parâmetros são preconizados na Resolução nº 1.955 do Conselho Federal de Medicina, transposta a seguir:

Art. 3º Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de transtornos mentais. Art. 4º Que a seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, obedecendo os critérios a seguir definidos, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto: 1) Diagnóstico médico de transgenitalismo; 2) Maior de 21 (vinte e um) anos; 3) Ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia.

3 “É tempo de a coletividade atentar para a insuficiência de critérios morfológicos para afirmação da identidade de gênero, considerada a dignidade da pessoa humana. Descabe potencializar o inaceitável estranhamento relativo a situações divergentes do padrão imposto pela sociedade para marginalizar cidadãos, negando-lhes o exercício de direitos fundamentais.”

Os fatos evidenciados, por muitos tidos como avanços, por outros, com olhar de desconfiança do aparato democrático, já que este, investido de ideações político-partidárias, a qualquer momento pode desmoronar, não podem ser analisados sem o elo com o reconhecimento – ou ausência de – de determinados indivíduos atravessam antes mesmo de se satisfazer com as garantidas postas pelas instituições de poder, conforme se verifica em sequência.

2. A incompreensão da pluralidade de corpos não padronizados

À margem das discussões jurídicas e institucionais acerca da criação ou efetivação de garantias fundamentais está a luta por reconhecimento e participação social e política que indivíduos não enquadrados no estereótipo de masculinidade enfrentam.

Com o desenvolver das relações interpessoais, a definição da sexualidade passou a abarcar outros aspectos que não somente o biológico: as desigualdades sociais entre homens e mulheres vão enfatizar o culto à masculinidade como viril, forte e, portanto, detentora de direitos, em detrimento àquelas características sensíveis e femininas da mulher.

Contudo, a história demonstrou que o próprio homem pode fugir das características históricas atribuídas a si e é neste ponto que percebemos conflitos no estabelecimento de a quem as normas dogmáticas construídas para o homem se aplicam de fato.

A masculinidade estereotipada emerge nesse contexto de dificuldade na ocupação de espaços por esses indivíduos, a partir de uma incompreensão da pluralidade de corpos, gêneros e feminilidades possíveis, indicando que a padronização de gênero está se posicionando perigosamente no “lado masculino”. Assim, ao expor a fragilidade dessas representações de gênero, seus corpos fascinam e intimidam, atraem e repulsam, tornam-se dissidentes e, conseqüentemente, abjetos (BUTLER, 2000; 2002).

E são esses corpos abjetos que se veem distantes de gozar os direitos fundamentais garantidos em normas positivadas, isso porque outro sistema de normatização social, as normas de gênero padrão, não permite que esses indivíduos alcancem *status* de reconhecimento pleno, inclusive ocasionando (em análise psicanalítica), ausência de reconhecimento próprio.

É pelo viés da abjeção que Butler inaugura o debate acerca da vulnerabilidade das pessoas transexuais, travestis, transgêneros e intersexos em função das normas de gênero. Por meio da psicanálise, Butler irá pautar a maior parte de suas discussões. As críticas que desenvolveu ao conceito de diferença sexual levam sempre ao mesmo questionamento: de que forma esses conceitos da psicanálise parecem impedir a transformação social? Como a psicanálise cria obstáculos à aceitação dos corpos abjetos como humanos? Uma proximidade que se sustentará, sem dúvida, na potência daquilo que emana do corpo como condição para a transformação social.

Essa discussão não pode ignorar o problema da sexualidade e sua construção histórica. Passa pela normatização de gênero, que definiu os comportamentos tidos como masculinos e femininos, diferenciando o homem da mulher. Na concepção dominante na antiguidade, o monismo sexual, a mulher era entendida como sendo um homem invertido. O útero era o escroto feminino, os ovários eram os testículos, a vulva um prepúcio e a vagina era um pênis (Laqueur, 1989, citado por Costa, 1995, p. 100).

Tal compreensão nos permite facilmente responder a questões bases do presente artigo: de que dignidade estamos falando? A qual “pessoa humana” a letra da lei se destina? Corpos que lutam naturalmente contra a padronização, contra aquilo que se espera de um homem, estão muito mais suscetíveis de não serem reconhecidos como sujeitos de direito, menos ainda, humanos a que o princípio da dignidade atinge.

As noções acerca dos conceitos de homem e de mulher na sociedade brasileira convergem o que, a partir da categoria gênero, entendemos por

"masculino" e "feminino" no entorno da sexualidade. Entretanto, o simbolismo dos conceitos abarca aspectos da vida social que compõem percepções de caráter público e privado em sua totalidade, que necessitam ser esclarecidos e interpretados em conjunto com o reconhecimento performático do indivíduo.

Compreender os aspectos que envolvem gênero e sexualidade e, portanto, a manifestação performática dos indivíduos através dos seus corpos, que fogem da heteronormatividade e masculinização padrão, reduziria o abismo evidente entre positivar normas e garantir o reconhecimento pleno dos indivíduos simplesmente como humanos dignos de direitos.

Contudo, sabidamente que esse reconhecimento não se aventará por meio de avanços jurídicos e/ou legislativos. É nesse ponto que o papel da educação se mostra preponderante para o alcance de corpos abjetos a espaços públicos de ação, o que possibilitaria atingir reconhecimento e emancipação privada desses indivíduos.

3. Corpos abjetos e educação: espaço para pluralidade e efetivação da participação de indivíduos não estereotipados

Muito se debateu nos últimos anos sobre o papel educacional na compreensão da pluralidade de gênero e sexualidade, inerentes à sociedade e cada vez mais prevalente.

A escola se apresenta como ente fundamental na construção do indivíduo e a convivência em sociedade, com base naquilo que aprendeu. O que a história demonstra é que a escola vem servindo como instrumento de separação e acentuação das diferenças, normatizando e reafirmando padrões sociais.

Guacira Lopes Louro leciona que a escola é o espaço ideal para a compreensão das diferenças e desigualdades e mais, no modelo atual a escola produz desigualdade e acentua as diferenças (LOURO, 1997, p. 57).

Entretanto, é possível compreender a escola como sendo o espaço de ensinamento (dentre todos os demais) que com mais facilidade acompanha a dinâmica da vida em sociedade e, mais profundamente, molda as metamorfoses psicossociais, ou as impede, a depender de fatores sociais e políticos que constituem a educação.

O modo com que se configuram as relações na escola reflete no modo com que os alunos agirão perante as relações sociais fora da escola, o que permite entender que, sendo as questões pautadas por indivíduos não enquadrados no padrão de masculinidade presentes no cotidiano social, é relevante demonstrar no ambiente escolar, ações que estejam em consonância com essa “nova” dinâmica social.

Com base nesse entendimento, não configura nenhuma esquizofrenia entender que, um modo de se possibilitar que a performatividade corporal que faz com que indivíduos não atendam aos padrões de masculinidade imposta social e normativamente, seja trabalhar com essas formas de corpos diferentes no processo educacional, permitindo com que haja reconhecimento tanto pessoal quanto público desses indivíduos.

4. Considerações finais

Ao longo do artigo, ficou evidente que a construção normativa dos direitos fundamentais e da personalidade, se pautou em normas de gênero e masculinidade padronizadas, ignorando a existência de indivíduos cuja a performatividade corporal não os permite se enquadrar e se reconhecer como sujeitos de direito.

Os corpos abjetos, aqui entendidos como aqueles indivíduos não enquadrados na padronização estereotipada do homem e que enfrentam diariamente, individual e coletivamente, as mazelas desse quadro divergente, evidentemente não gozam dos direitos fundamentais positivados e não se reconhecem tampouco nas decisões jurídicas dogmáticas que se isentam da compreensão psicológica que abrange o ser desses indivíduos.

Como possível saída à problemática enfrentada, propusemos que a educação escolástica, acompanhando as transformações das relações sociais, represente espaço que possibilite o reconhecimento e a participação desses indivíduos, o que proporcionaria efetividade na luta constante por dignidade e personalidade.

É claro que a plena efetividade de direitos e reconhecimento desses indivíduos perpassa pela representatividade política, não tratada neste trabalho, mas que não deve ser ignorada. A já carente representatividade política desses grupos nas esferas deliberativas, possibilita que a associação daqueles que predominam essas esferas promovam ao debate legislativo as propostas que visam suprimir o reconhecimento dos atores identificados à performatividade corporal desalinhada ao estereótipo. Grupos formados por políticos engajados à uma moralidade religiosa, por exemplo, tem ocupado cada vez mais os espaços de representatividade política, reforçando a ideia que reflete a padronização social na política.

Referências

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. In: Vade Mecum Saraiva. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Código Civil**. In: Vade Mecum Saraiva. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. Lei nº, 6.015, de 31 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

BUTLER, Judith. Cuerpos que importan: sobre los limites materiales y discursivos del “sexo”. Buenos Aires: Paidós, 2002. (Original publicado em 1993).

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FOUCAULT, M.(1986) A História da Sexualidade II –O Uso dos Prazeres. Rio de Janeiro: Graal.

FREUD, S. (1905) Três Ensaio Sobre a Teoria da Sexualidade. Rio de Janeiro: Imago. Ed. Standart Brasileira, Obras Completas, vol. VII, pp. 117-231.

Gay, P. (1995) O Cultivo do Ódio: a experiência da burguesia da Rainha Vitória a Freud. São Paulo: Cia das Letras. [Links]

LOURO, G. L. (1997) Gênero, Sexualidade e Educação: uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis: Vozes.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275**: Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4.275VotoMMA.pdf>. Acesso em: 27 de setembro de 2019.

Acesso à justiça

Legitimidade ativa na ação civil pública: a leitura jurisprudencial da Lei 7.347/85

*Sarah Almeida*¹

*Violeta Sarti Caldeira*²

1. Introdução

O presente artigo tem por fim responder à pergunta: como a jurisprudência entende a legitimidade ativa extraordinária concedida na Lei 7.347/85, e vem aplicando-a?

A pesquisa foi realizada por meio da análise dos julgados emitidos pelas câmaras do Tribunal de Justiça do Paraná, segundo grau de jurisdição, em ações provenientes da comarca de Curitiba-PR. Foram analisadas as decisões em acórdão dos colegiados em julgamento de ações civis públicas, no que concerne a legitimidade ativa para o pleito em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A importância da análise sobre as decisões judiciais quanto à a legitimidade é que ela toca no fato de quem tem direito de acesso ao judiciário, e por conseguinte à justiça, bem como, discute quem tem o poder de representar os interesses pleiteados. Aborda, em contraposição, a quem é negado o direito ao pleito, de maneira a limitar o que pode ser pedido e por quem pode ser pedido. Para além daquilo que prescrito em

¹ Estudante de Graduação em Direito no Centro Universitário Curitiba - Unicuritiba.

² Graduada em Ciências Sociais e Mestra em Ciências Sociais pela PUC/SP, e Doutora em Sociologia Política pela UFPR - Orientadora.

lei, há a discricionariedade do juiz, seus limites de atuação são reconhecíveis, mas aquilo que ele pode fazer nesses limites, e como ele faz, deve ser questionado, ou pelo menos conhecido.

Ignorar aquilo que decidem os magistrados em tribunais que não gozam da visibilidade dos superiores, é cegar-se para a origem dos questionamentos do direito brasileiro. Pois grandes discussões começam nesses tribunais, apenas quando vultosas e maturadas transbordam para discussões no STJ e STF.

Por certo que análise ainda mais fática das demandas coletivas e difusas seria encontrada em varas, no primeiro grau de jurisdição, contudo o acesso a sentenças é muito menos prático, não gozando essas da mesma publicização que as decisões em segunda instância, as quais podem ser encontradas no sítio eletrônico do TJPR (www.tjpr.jus.br - jurisprudência).

Dessa forma, buscou-se descobrir como a atividade judiciária entende a legitimação do Ministério Público e das Associações Cívis, concedida no art. 5º da Lei 7.347/85. Por se basear em dados públicos, de fácil acesso - acórdãos disponíveis à consulta pública, a busca por tais dados pode ser replicada, basta limitar a pesquisa jurisprudencial aos termos: Ação Civil pública, e Legitimidade, decisões colegiadas em Câmaras Cívis, de ações propostas na Comarca de Curitiba - tais filtros estão disponíveis no buscador de jurisprudências do sítio do tribunal em questão.

Levou-se em consideração a literatura que trata sobre o tema com dados empíricos, Werneck Vianna (2002), e análise sociológica, Rogério Bastos Arantes (1999), além do direito comparado e percurso histórico da ACP no ordenamento brasileiro, Cappelletti e Garth (1988), Mancuso (2002), Ada Pellegrini (2011) e Violeta Sarti Caldeira (2017).

Partindo dessa literatura, sabia-se à *priori* que a participação das associações civis era diminuta em relação à do MP, e buscando compreender por meio da jurisprudência a razão dessa conhecida pouca atividade das associações na defesa dos direitos difusos e coletivos. A

pesquisa foi feita com uso de método quantitativo, condensação de acórdãos em banco de dados, gerando porcentagens que expressão o quadro geral do tema da legitimidade nas ACP propostas na Comarca de Curitiba, e qualitativo, na análise individual dos acórdãos, extraindo desses os argumentos e posições mais comuns e destoantes de magistrados e promotores de justiça.

Dessa forma, o objetivo desse artigo foi buscar os efeitos e causas da ausência de participação mais ampla das associações civis, quais danos ao acesso à justiça são provocados ou evitados pela atividade dos magistrados, e como a participação fortalece, ou a ausência dessas enfraquece, a sociedade civil como um todo.

2. A ação civil pública: breve percurso histórico

Ao ingressar em juízo a parte ativa - que pleiteia, apresenta seu pedido imediato, o desejo de que uma relação jurídica seja formada, entre a própria, o juiz e o polo passivo reclamado, formando uma relação triangular que torna possível a tutela jurisdicional. Ao tratarmos de direitos difusos, coletivos ou homogêneos, a construção dessa relação jurídica fica dificultada pelos preceitos clássicos do direito, a visão de dois lados, reclamante e reclamado, permanece a mesma, contudo, o polo ativo já não representa mais um interessado, mas um interesse, que pode ser comum a uma coletividade.

Os empecilhos para a representação adequada em ações que visam a tutela de direitos esparsos só existem pois o sistema jurídico é construído visando a proteção dos interesses puramente individuais. Tais procedimentos individualistas vêm sendo questionados, principalmente no que diz respeito ao acesso à justiça.

[...]deve-se ressaltar que tais interesses se encontram numa zona intermediária. às vezes nebulosa, entre a esfera dos direitos privados e a esfera pública. São *interesses privados de dimensão coletiva*, nas palavras de Ada Grinover. Essa condição, por si só, representa inovação excepcional no quadro do direi-

to tradicional, de matriz liberal clássica. [...] A pressão sobre o ordenamento jurídico e sobre o próprio aparato judicial tem sido crescente nas últimas décadas, justamente na tentativa de forçá-los ao reconhecimento da dimensão coletiva de certos conflitos até então tratados individualmente. (ARANTES, 1999)

O nó górdio dos direitos esparsos permanece sendo sua qualificação, nem público, tampouco privado, o direito coletivo ou difuso ao mesmo tempo em que possui feições de ferimento ao pacto social, afasta o monopólio estatal – ou pelo menos, tem a intenção de afastar, e impele ao grupo ferido agir unido para judicializar o litígio. As legitimidades *ad processum* e *ad causum* ficam bagunçadas, pois o sistema, como dito anteriormente, não se vê preparado para ouvir tantas vozes. Além disso, os efeitos de um processo coletivo se estendem *erga omnes* ou *inter partes*? Tais dilemas são discutidos em vários países, e sob a luz do direito comparado podemos encontrar saídas criadas em demais ordenamentos jurídicos mundo afora.

Algumas nações não possuem procedimento coletivo genérico em seus ordenamentos jurídicos, mas vários especiais para cada matéria do direito. Há exemplo da Alemanha que em 1970 ampliou o acesso dos consumidores ao judiciário, criando *chambers of commerce*, de forma a promover um juízo especializado para as causas consumeristas. Tanto indivíduos como associações podem ingressar em juízo, e a existência da ação da associação não impede o exercício individual do pleito, quando há um grande número de ações com o mesmo pedido e requerido, a parte requerente de qualquer uma dessas pode pedir que o processo corra no chamado *Master Proceeding*, caso a corte reconheça a existência de ação de massa, será aplicado o procedimento especial, todas as demais ações pendentes e seus respectivos autores são convidados para ingressar no *Master Proceeding*. Apesar de reconhecido em primeiro grau jurisdicional, o procedimento corre em segundo grau, onde a corte aponta quem será o *Master plaintiff*, aquele pleiteante que dentre todos os outros, irá conduzir a demanda. A decisão dada no *Master Proceeding* faz

coisa julgada *erga omnes*, e diferentemente da *Class Action* americana, não permite o *opt out* de nenhum pleiteante, que deve resignar-se ao julgado.

A *Class Action* americana, um dos primeiros meios de acesso coletivo ao judiciário do mundo, possui um procedimento muito próprio de constituição de representação adequada para múltiplos pleiteantes/interessados. O *ideological plaintiff*, ou autor popular, é sujeito que provando ser adequado para representar a classe lesada - *adequacy of representation*, e analisada sua idoneidade pelo juiz, bem como se a ação trata-se de fato de uma class action, é designado como representante - *defining function*. De forma que, havendo *ideological plaintiff*, o efeito que a sentença produz é *erga omnes*, supondo que a representação foi adequada, os membros da classe ofendida teriam sido “ouvidos” em corte, por meio de seu representante.

Ao longo dos anos, após perceberem que o acesso à justiça não era o mero acesso a um advogado, ou seja, representação judicial - *legitimidade ad processum*, mas também a possibilidade de seu pedido ser eficientemente julgado - celeridade processual e eficácia da decisão, grandes mudanças legislativas foram promovidas no ordenamento brasileiro, incluído meios e procedimentos especiais para a proteção de direitos difusos, tais como a Ação Popular e Ação Civil Pública.

O segundo grande movimento no esforço de melhorar o acesso à justiça enfrentou o problema da representação dos interesses difusos, assim chamados os interesses coletivos e grupais.[...] Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. [...] A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes (CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 49)

A ampliação das matérias e sujeitos legítimos para figurarem em uma ação coletiva também tiveram grande avanço, com a inclusão das associações civis, por exemplo, na ACP. Além disso, o efeito da coisa jul-

gada limitado às partes pleiteantes em caso de improcedência, e a possibilidade de parte que não figurou na ação de conhecimento participar do cumprimento de sentença, amplia de forma gigantesca a proteção de tais interesses.

[...]com relação à legitimação ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difuso.(CAPPELLETTI e GARTH, 1988, p. 50)

Em muitos países ainda não existem meios processuais para o pleito de direitos coletivos e difusos, de forma que o procedimento instituído no Brasil com a ACP é inovador juridicamente. Para Mafra Leal (1998, p. 218), o Brasil possui “uma das mais avançadas legislações sobre ação coletiva no mundo (...) ainda sim pode aperfeiçoar o sistema teórico normativo, definindo melhor os conceitos e a disciplina processual das ações coletivas” (apud MANCUSO, 2002, p. 246/247).

A Lei 7347/85 ao não tratar em detalhes do procedimento, prescreve a aplicação subsidiária no que couber, do Código de Processo Civil, e em matérias tais como direito do consumo, há aplicação da legislação especial.

Apesar dos avanços inegáveis, não se deve ignorar os retrocessos ou defeitos do sistema atual, daí a importância de analisarmos a legislação recente, como o novo Código de Processo Civil, que trazia em seu art.333 a possibilidade de conversão de ações individuais em coletivas, desde que o objeto ofendido fosse coletivo ou difuso, e tratar-se de uma relação plurilateral, contudo, tal artigo foi vetado a pedido da Advocacia Geral da União, pelas seguintes razões:

Da forma como foi redigido, o dispositivo poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se

também a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. (Presidência da república mensagem nº 56, de 16 de março de 2015)³

Restou que o CPC de 2015, a despeito da criação do IRDR, não trata do procedimento a ser seguido em demandas coletivas que não tratem de direitos reais. Portanto, têm-se que a ausência de especialização processual para as demandas do tipo coletivo, gera um judiciário não familiarizado com as demandas de grupos, a despeito da justiça do trabalho, que por tratar de forma especializada dos litígios coletivos dos trabalhadores e empresas vê-se mais bem preparada para julgá-los. Direitos difusos que demandam maior conhecimento técnico, como patrimônio público e meio ambiente, são tratados genericamente pelo judiciário.

3. Interesse e legitimidade

Não é rara a associação de um ao outro, aquele que possui interesse, por conseguinte possui legitimidade processual. Contudo ao tratarmos dos conceitos separadamente sua distinção é clara. O interesse, que é a união da necessidade de determinado bem da vida, que deve ser de utilidade ao sujeito e adequado ao seu pleito, é o que torna a ação concreta, tirando a mera abstração jurídica que o direito pode tomar; Portanto, não é mero instrumento de formação processual (pretensão imediata de tutela judicial), mas está ligado diretamente à razão do pedido autoral, a pretensão mediata.

A pessoa que possui um interesse deve ser determinada, há a certeza de que concedido pelo Estado Juiz, o pedido atende a sujeito X, que é a ele a quem interessa a concessão da pretensão. Contudo, essa definição de interesse encontra óbices quando cotejada aos chamados direitos difusos e coletivos. Certo é que, no direito Coletivo, ou, mesmo nos direitos individuais homogêneos, os sujeitos do pleito, quando não certos, são

³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Msg/VEP-56.htm. Acesso em 20/11/2018.

facilmente determináveis, aqueles unidos pela relação preestabelecida, ou, fato jurídico. Apesar disso, aos direitos difusos foge a possibilidade de determinação dos beneficiários do bem da vida⁴.

O interesse processual na lógica do direito romano é apenas fruível individualmente, ignorando-se, portanto, interesses legítimos quando não subjetivos. O que implica em grande empecilho para o exercício de direito coletivo, mas mais ainda para os difusos. Visto que, o interesse difuso é aquele que está diluído de tal forma na sociedade, tornando-se impossível usufruir sozinho de sua concessão, um exemplo clássico é o ar, esse não pertence a apenas um indivíduo, e tão pouco pode ser restrito para que poucos gozem, assim, interessa a todos um ar puro, e livre de poluentes. De forma que:

[...]em se tratando de interesses metaindividuais, o interesse processual será buscado em dados objetivos, como a relevância social, a *conflituosidade* típica dos interesses difusos, a identificação da pessoa que age, como segmento social, grupo ou categoria afetados, a constatação de que o interesse em causa não está sendo tutelado na instância administrativa adequada. (MANCUSO, 2002, p.153).⁵

Desta feita, podemos concluir erroneamente, que todos os afetados por determinado dano a direito difuso estariam aptos a figurar em ação civil pública. No entanto o interesse objetivo não é o único fato necessário para garantir legitimidade ao pleito.

Quanto à legitimidade, pode ser dividida em: legitimidade *ad processum* – referente aos que podem falar em juízo; e legitimidade *ad causum* – referente ao possuidor do direito de ação, é aquela que detém ordinariamente o lesado em busca do bem da vida, pleiteando em nome próprio direito próprio; e extraordinariamente o Ministério Público ao representar o Interesse público, pleiteando direito alheio em nome próprio.

⁴ (Mancuso, 2002)

⁵ Mancuso, Rodolfo de Camargo, Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir.

Nos termos da Lei 7.347/85, aqueles que detêm legitimidade para propor Ação Civil Pública, são: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação, ou, sociedade de economia mista; e, a associação civil (constituída há pelo menos um ano).

De forma que, mesmo que interessado no pleito, o sujeito que não figura como legítimo na lei, não poderá exercê-lo por si. Resta que seja representado, por um daqueles autorizados. Tratando-se de um direito coletivo é provável que esteja já organizado em um ente apto a representá-lo, vide sindicatos de categoria. Contudo, os interesses difusos, são normalmente gerados por uma situação surpresa, há exemplo do rompimento de uma barragem, e, portanto, não há prévia organização civil criada para o caso concreto. Restando, a sorte de que exista uma associação formada há pelo menos um ano, que tenha entre seu objeto social a proteção genérica do bem difuso danado na situação concreta (como: meio-ambiente, consumidores, idosos, etc) e possua meios financeiros e técnicos, de iniciar uma Ação Civil Pública.

Enquanto alguns interesses, tais como os trabalhadores, são geralmente bem organizados, outros, como os dos consumidores e dos preservacionistas, não são. [...] Na melhor das hipóteses é necessário muito dinheiro e esforço para criar uma organização de porte suficiente, recursos econômicos e especialização para representar adequadamente um interesse difuso. (CAPPELLETTI, 1988, p. 59)

Nos tópicos seguintes explorasse os empecilhos processuais que enfrentam as organizações da sociedade civil ao pleito coletivo e difuso.

4. Coletivos e difusos

Os direitos coletivos em *strictu sensu* se referem a grupos, classes ou categorias, assim, indivíduos determináveis conectados por um vínculo jurídico previamente estabelecido, preexistente à ação, e em busca de objeto indivisível. Portanto, estão, muitas vezes, já organizados e com

representante constituído, uma vez que, têm origem na coesão de interesses. Segundo Celso Bastos (1981, p. 40), “os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, e não ao homem isoladamente considerado” (apud MANCUSO, 2002, p. 57).

Os Direitos difusos são caracterizados por sua dispersão entre diversos indivíduos indetermináveis, que não possuem relação jurídica pré-estabelecida, buscam, portanto, justamente o reconhecimento dessa relação, entre um grupo muito grande e diverso de sujeitos que pedem tutela de objeto indivisível, comum a todos, e o agente reclamado, que produziu o dano ao objeto da ação.

Assim a tutela jurisdicional tem como primeiro desafio, determinar genericamente, quem são os sujeitos afetados pela conduta do reclamado, e se estão representados pelo reclamante, que pleiteia em nome próprio direito próprio, ou, em nome próprio direito alheio.

Sob o prisma do acesso à justiça, surge na 2^a onda do movimento a preocupação com os direitos coletivos e difusos, em fornecer uma tutela jurisdicional adequada para pleitos típicos da sociedade de massa, na qual a individualização da parte requerente não é proveitosa para a demanda, pois geram mais gastos, ausência de celeridade, baixa eficiência e o congestionamento do judiciário. A criação de procedimento que torne eficaz a tal tutela, portanto, é um meio de criar um caminho especial, para esses grupos gigantescos até então marginalizados em detrimento de interesses subjetivos, em busca do reconhecimento de pretensão direito.

O maior empecilho para o acesso dos interesses de massa ao judiciário provém da legitimação ativa e representação adequada dos interessados. Em razão do grande número de sujeitos interessados no litígio, é impossível que todos figurem na peça processual como litisconsortes (imaginemos no caso da cidade de Mariana, destruída pela barragem que sucumbiu, se todos os moradores ingressaram com pedidos no judiciário, em uma mesma ação formando um litisconsórcio gigantesco, esse seria desmembrado pelo juízo de instrução).

Visando proteger os interesses coletivos e difusos, mas também, para que não fossem arbitrariamente exercidos, a lei limitou aqueles que podem representar em juízo o interesse desses grupos, dentre esses capazes está o Ministério Público e as associações da Sociedade Civil. O segundo pressupõe uma sociedade organizada, com entes independentes do Estado capazes de representar de maneira direta seu interesse próprio (apesar de ser possível discutir se as organizações agem ordinariamente ou extraordinariamente, aqui a tomaremos por legitimada ordinariamente – pleiteando direito próprio em nome próprio), o que soa muito democrático.

[...] a Lei 7347/85 confere legitimidade a associações que estejam constituídas há pelo menos um ano e que incluam, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e/ou ao patrimônio histórico e cultural (art. 5). Tal legitimação, conhecida como *concorrente*, visou democratizar o uso do novo instrumento, permitindo a defesa dos interesses coletivos por agentes públicos estatais e da sociedade civil. (ARANTES, 1999)⁶

Contudo, para que possam acessar o judiciário, além dos requisitos pré-estabelecidos em lei, devem ter um setor jurídico forte, serem capazes de suportar eventuais custas judiciais, e estarem em sintonia com o interesse que defendem.

Quanto ao Ministério Público, há a liberdade do promotor de justiça de escolha quanto a qual interesse representará, promotorias podem se especializar em temas específicos, e assim não perderem nada, em termos de tecnicidade, para as associações civis. Tendo um cheque em branco quanto sua capacidade extraordinária de representar, o Ministério Público não tem muito a perder quando pleiteia em juízo, e pode facilmente se deixar levar pelo interesse em *voga*, ou mesmo sofrer pressão política, afetando a representação de interesses difusos e coletivos eventualmente “menos pertinentes”.

⁶ Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. RBCS, vol. 14 nº39. Fevereiro de 1999.

[...] o fato é que a politização de suas atribuições e o voluntarismo de seus integrantes transformaram o Ministério Público em um dos agentes principais do processo político no país. Seu combustível embora reciclado, tem alto poder de explosão: a crença de que a sociedade civil é hipossuficiente, de que os poderes políticos estão degenerados, e alguém precisa fazer alguma coisa. (ARANTES, 1999).

Em análise de 469 Ações Cíveis Públicas que chegaram ao segundo grau de jurisdição na Comarca de Curitiba no período compreendido entre os anos 1992 e 2018, apenas 16,8% (79) foram ajuizadas por uma associação civil (conforme Tabela 1), enquanto que 76,9% (361) foram ajuizadas pelo Ministério Público. Tais dados são expressivos pois expressão também a participação inexpressiva de demais legitimados pela Lei 7347/85, a exemplo das autarquias, que representam meros 2,7% (13) do número total de ações no Tribunal de Justiça.

Autores	Autarquia	Empresa Privada	Empresa Pública	Estados	Liticonsórcio	MP	Municípios	Pessoa natural	Sociedade civil	Total
Nº de ações	13	1	4	1	7	361	2	1	79	469

Tabela 1 - Número de Ações Cíveis Públicas Propostas por Legitimado Julgadas no TJPR, de 1992 a 2018 - Elaboração do Grupo de Pesquisa do curso de Direito do Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba)- A defesa dos Direitos Difusos e coletivos no poder judiciário: Jurisprudência e Análise Sociológica (2018).

5. Ministério público

A Constituição da República de 1988, em seu art. 129 concede ao Ministério Público o poder de ajuizar ação Civil Pública, deixando claro no parágrafo 1º do mesmo artigo, que a legitimação do MP não era exclusiva, mas concorrente com demais legitimados para a promoção da defesa dos direitos difusos e coletivos:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.(BRASIL, 1988)

Conforme dispõe a LC 85 de 1999 – A lei Orgânica do Ministério Público do Paraná:

Art. 2º. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica Nacional e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao patrimônio público, ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

b) para anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade pública do Estado e do Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem; [...]

VII - deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação;

VIII - ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas; [...](PARANÁ, 1999)

A Lei 7.347 de 1985, além de legitimar o MP e demais entes para a propositura de ACP, estabelece a obrigatoriedade da sua presença nas ações em que não for parte, exercendo função de fiscal da lei (art.5º, §1º)⁷, e poderá assumir a titularidade do pleito, quando ocorrer abandono ou desistência de ação proposta por associação civil (art.5º, §3º).⁸ É repetida a mesma prescrição no art. 82 e 92 do Código de Defesa do Consumidor.⁹

⁷ § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

⁸ § 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa. (Redação dada pela Lei nº 8.078, de 1990).

⁹ Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

Tendo em vista tal legislação, foi realizado um levantamento de decisões do Tribunal de Justiça do Paraná, em Ações Cíveis Públicas propostas na Comarca de Curitiba. Essa pesquisa, quantitativa e qualitativa, dos acórdãos foi realizada por meio de consulta pública disponível no endereço eletrônico do tribunal¹⁰, e busca a compreensão do modo como vêm sendo aplicada e interpretada a Lei da Ação Cível Pública pelos magistrados desta Comarca. Foi realizada a leitura e análise de 200 acórdãos de julgamento de ACPs, todos referentes ao período compreendido entre 1999 e 2014, em 85 dos quais a jurisprudência se debruça sobre o tema da legitimidade, sendo que em 22 desses a legitimidade ativa do Ministério Público é debatida. Para a pesquisa dos julgados foi utilizado o filtro de busca disponível na busca jurisprudencial, com as palavras “Legitimidade” e “Ação Cível Pública”. Os dados colhidos foram armazenados em um banco de dados, usados para parte dos gráficos e tabelas apresentados nesse artigo. Tendo em vista que tais decisões são produzidas em segundo grau de jurisdição, não é possível ter uma visão completa de quantas ações são extintas, sem o julgamento de mérito em razão da ilegitimidade ativa ou passiva, sem que as partes recorram ao tribunal.

Através de uma análise qualitativa dos acórdãos levantados, percebemos que as alegações quanto à ilegitimidade do *Parquet* são descartadas em dois ou três parágrafos das decisões, rápidas referências aos artigos anteriormente citados e a citação de uma doutrina ou parecer, encerram a discussão, conforme jurisprudência do TJPR:

A legitimidade do Ministério Público para propor Ação Cível Pública em defesa do patrimônio público está expressamente prevista no art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, conforme o qual: "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) III - promover o inquérito civil e a ação cível pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos." Ademais, nos termos da Súmula nº 329 do Superior Tribunal de Justiça: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação cível pública em defesa do patrimônio públi-

¹⁰ Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/>

co”. Portanto, a legitimidade do Ministério Público para propor Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa decorre da Constituição da República de 1988, não tendo cabimento a alegação de ilegitimidade ativa. (TJPR - 5ª C.Cível - AC - 978174-6 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 04.12.2012)¹¹

Alegam ainda, a ilegitimidade do Ministério Público para propor a presente ação em defesa de interesses individuais disponíveis, conforme dispõem os arts. 127 e 129 ambos da Constituição Federal. E, também sem razão os mesmos. A douta Procuradoria Geral de Justiça em seu parecer, muito bem esclareceu a questão in verbis: “Ao que consta dos autos, o Ministério Público do Estado do Paraná propôs a presente ação em razão do acidente (pisoteamento) ocorrido durante o show realizado pelo apelante, onde restou configurado o abalo psicológico de mais de vinte mil pessoas e a morte de três adolescentes, causando perdas e danos. A nosso ver, não resta dúvida que a presente demanda objetiva tutelar interesses individuais homogêneos, pois cuida de relação de consumo, caracterizada pela individualidade e transindividualidade. Logo, o Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam.[...] ((TJPR - 4ª C.Cível - AC - 671044-9 - Curitiba - Rel.: Luís Carlos Xavier - Por maioria - J. 15.02.2011)¹²

Em defesa da falta de discussão jurídica quanto aos limites da representação do Ministério Público, podemos alegar a instrumentalidade processual, que a formalidade não pode tornar o processo um fim em si mesmo, contudo, adiante veremos que os mesmos argumentos raramente são usados em prol das Associações Civas.

Não é raro o uso da ação civil pública para a defesa de direitos individuais homogêneos, contudo é recorrente que a defesa se torne individual, a despeito da coletividade atentada de forma homogênea. Assim, quando o Ministério Público ingressa com Ação Civil pública em nome de um único sujeito socialmente vulnerável, pleiteia a concessão do direito reconhecido a todos os outros em igual ou semelhante situação, porém, essa representação é individual e acaba gerando distorções, uma

¹¹ Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11396006/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-978174-6#>. Acesso em 25/11/2018.

¹² Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11079097/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-671044-9#>. Acesso em 25/11/2018

vez que concedido o direito, os juízes e desembargadores limitam o benefício a apenas aquele usado como exemplo pelo MP em sua inicial. Tal situação é recorrente na área da saúde, onde o Ministério Público é legitimado para a defesa de bens individuais por meio da ACP, contudo os efeitos da sentença não beneficiam a integralidade dos afetados, mas meramente aqueles citados diretamente.

Há exemplo da argumentação do Des. Leonel Cunha, em julgamento do Agravo Interno Nº 771634- 5/01- TJPR:

Assim, o Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada, nos termos do artigo 127 da Constituição Federal. [...]

Com efeito, não há como estender a concessão do medicamento “Ursacol” aos demais pacientes não identificados nos autos, que, eventualmente, demonstrem ser portadores da doença denominada “Colangite Esclerosante” e que estejam em tratamento pelo SUS. [...] No entanto, não se pode pretender que decisões judiciais sejam concedidas em prol de situações que nem sequer se implementaram no mundo fático, mas sim nas hipóteses em que a pessoa a ser beneficiada é individualizada. Ademais, o bem que o Agravado pretende proteger ao propor Ação Civil Pública é espécie do gênero “individual indisponível”.

Todavia, para que o Ministério Público atue processualmente em prol do titular deste direito individual, há de se valer de elementos concretos e peculiares a cada caso. (TJPR - 5ª Cívica - A - 771634-5/01 - Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Unânime - J. 09.08.2011)¹³

Nota-se portanto, que ao argumentar em prol da legitimidade do Ministério Público para propor ação civil em defesa de direitos individuais, a crítica do magistrado é justamente o caráter meramente determinável, entretanto, não certo, dos possíveis beneficiados da decisão, característica essa inerente aos direitos coletivos e individuais homogêneos que se pretende defender com tal instrumento processual.

¹³ Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11152268/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-771634-5/01#>>. Acesso em: 25/11/2018.

Decisões como essa se repetem quando o Ministério Público escolhe um único indivíduo do grupo afetado como sujeito a representar extraordinariamente na ACP. Contudo, quando não há determinação de sujeito algum, mas a mera definição do grupo atingido, agindo o *parquet* como substituto processual, podemos ver votos como o do Des. Eugênio Achille Grandinetti, no julgamento da Apelação Civil N^o 771.181-9 - TJPR:

Segundo, a propósito da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ações civis, o ilustre doutrinador HUGO NIGRO MAZZILLI (A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 18^a Ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 79) pontua que, em regra, o Parquet somente pode propor ações nas hipóteses expressamente previstas em lei, salvo em matéria de interesses transindividuais (tutela judicial de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos), em que a legitimação é genérica, podendo ajuizar qualquer ação civil pública, com qualquer pedido, observando, no entanto, a vinculação aos interesses gerais da coletividade, ou seja, quando exista conveniência social. [...] Não tenho dúvidas da presença do relevante interesse social em demanda na qual se busca indenizar pacientes inscritos em cadastro Estadual, bem como aqueles que judicialmente tiveram reconhecido o direito de receberem medicamentos excepcionais do Estado e que deixaram de os receber em certo período. [...] Em quarto lugar, apesar de ser necessário que os beneficiários comprovem a sua inserção na situação jurídica analisada, entendendo que o provimento do pedido possui sim utilidade. Afinal, reconhecida a responsabilidade do Estado do Paraná pelos danos causados em razão da demora no fornecimento de medicamentos excepcionais, aos interessados caberá apenas comprovar os danos sofridos. (TJPR - 2^a Cívél - AC - 771181-9 - Curitiba - Rel.: Eugênio Achille Grandinetti - Unânime - J. 01.11.2011).¹⁴

De forma que, as mesmas conclusões quanto a determinação dos sujeitos foram feitas em ambos os acórdãos, contudo, no segundo o magistrado se atenta para o fato de que nada impede uma determinação posterior, em fase de cumprimento de sentença, dos que fazem jus ao benefício, enquanto no primeiro acórdão, pelo fato de não estarem indi-

¹⁴ Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11194906/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-771181-9#>>. Acesso em 25/11/2018.

vidualizados no processo, levou o magistrado a deduzir portanto que não havia situação fática, mas meramente hipotética, de outros sujeitos sofrendo a mesma negligência.

A atividade de advocacia para pessoas carentes/socialmente vulneráveis, etc. é típica da Defensoria pública, desta feita, não se pode ter como regular, a atividade do MP em defesa de direito individual tal como no primeiro acórdão, gerando benefícios individuais, apesar de tratar-se de interesse coletivo ou individual homogêneo. A ausência de discussão quanto a quase ilimitada legitimidade do Ministério público, que conforme dito anteriormente, se resolve com breves citações quando levantada, não seria tratar de mero formalismo, mas, também do devido processo legal e ampla defesa.

Aquele que se vê em uma ação frente ao MP pode descartar possível alegação de ilegitimidade ativa como argumento válido, essa legitimidade é tão incontestável que não se cogita a existência de doutrina ou jurisprudência hábil para argumentar contra o art. 129 da Constituição Federal, nas palavras de Rogério Arantes (1999, p. 87) “A partir de 1988, o MP passou a invocar a Constituição como uma espécie de certidão de (re)nascimento institucional, suficiente para habilitá-lo a ultrapassar suas funções tradicionais e reforçar sua responsabilidade pela defesa dos direitos coletivos e sociais”. É claro que a defesa permanece apresentando a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público, tentando levantar a discussão, principalmente quando se trata de improbidade administrativa, conforme gráfico 1, que apresenta a proporção de ações em que a legitimidade do MP foi contestada por matéria de direito.

No período compreendido entre os anos de 1999 a 2014, foram identificados 22 acórdãos do Tribunal de Justiça do Paraná, nos quais se discute a legitimidade ativa do Ministério Público. Sendo que desses, 8 correspondem a Ações Cíveis Públicas por Improbidade, esse dado pode se referir mais ao fato de existir um número gigantesco de ACPs nessa área, e não ao fato de que a legitimidade seria mais contestada quando tratamos da Improbidade Administrativa.

Quanto a contestação da Legitimidade Ativa do MP em Ações na área de saúde, é possível notar que, por tratar-se de direito individual homogêneo, muitas vezes referido como relação de consumo, existem maiores oportunidades para argumentar uma possível ilegitimidade, ou mesmo usurpação de competência, pois o réu é, em geral, o próprio Poder Público.

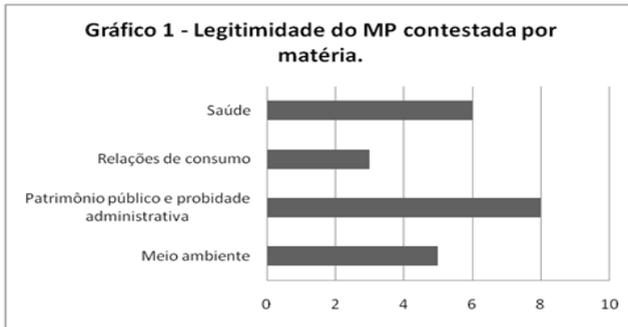


Gráfico 1: Legitimidade do MP contestada por matéria de direito no Tribunal de Justiça do Paraná - 1999 a 2014. Elaboração Própria.

Notável pois, que em apenas uma parte ínfima das ações onde o MP figura há questionamentos quanto a sua legitimidade, em uma análise de 361 acórdãos produzidos pelo TJPR (no período compreendido entre 1992 e 2018), em apenas 15, ou seja, em apenas 4% dos acórdãos, se argumenta possível ilegitimidade do Ministério Público.

Tais dados levantaram conjecturas quanto um possível monopólio ministerial sobre tal instrumento processual de defesa de direitos coletivos e difusos, com o qual o Estado processa Estado - Uma vez que o *parquet* a despeito de sua autonomia ainda é uma instituição estatal, e em grande parte de suas ações processa demais instituições estatais e membros da União.

A possível existência de um Monopólio do Ministério Público sobre a Ação Civil Pública provém em geral da análise das normas que não só autorizam, mas incentivam e facilitam o uso desse instrumento pelos Promotores de justiça. É fácil notar como a regulamentação e fomento legislativo influenciam diretamente no Judiciário, quando analisamos a

proporção de Ações dessa espécie propostas pelo MP em relação às propostas por membros da sociedade Civil, ou mesmo da Defensoria Pública. Esse debate não é novo, contudo, anteriormente a ausência de ações da Sociedade Civil e demais organizações foi justificada pelo pouco tempo em que a lei vigia.

Em pesquisa que conduziu sobre o tema, na Comarca do Rio de Janeiro Werneck Vianna (2002, p. 432) aponta essa preocupação “no caso das ações civis públicas o principal motivo de inquietação, como já mencionado, tem sido a excessiva presença do Ministério Público e do Poder Público, em desfavor das organizações sociais”. Em sua pesquisa, o autor defende que as associações estão propondo cada vez mais ações, apresentando dados que mostram o crescimento exponencial da participação civil, principalmente na área do direito do consumidor. Apesar de sua posição quanto a democratização do instrumento processual, não nega a predominância do MP na representação dos direitos difusos.

Apesar da crescente presença das associações, o Ministério Público segue sendo o autor mais importante na proteção dos interesses coletivos e difusos, não apenas por sua presença direta na proposição de ações junto ao Judiciário, mas também por sua atuação na fase pré-processual, realizando inquéritos civis públicos e patrocinando acordos entre as partes. (VIANNA, 2002)

A posição de Vianna não é hegemônica, e nem todos acreditam que Ministério Público e Sociedades Civis possuem relação de interdependência.

Rogério Bastos Arantes (1999, p. 86) comenta a legitimidade concorrente concedida pela Lei 7.347/85, atribuindo às Associações Civis uma “performance bastante tímida”, enquanto “é o Ministério Público quem mais tem se destacado no uso da ação civil pública, em todas as áreas dos direitos difusos e coletivos”.

O fato de que o *parquet* possui maior embasamento legislativo para propor as ações civis públicas, em detrimento das associações que contam meramente com a lei da Ação Civil Pública e o CDC, o que coíbe a

atitude rígida dos magistrados que têm a tendência de resistirem aos processos coletivos.

Não declara, portanto, a existência de possível monopólio ministerial sobre a ACP, mas esclarece que as leis que são favoráveis a um faltam a outros - sendo esses os demais órgãos públicos legítimos e à sociedade civil. Portanto, nas ações coletivas onde a discricionariedade dada aos magistrados é maior, também é maior o número de declarações de ilegitimidade da parte ativa.

[...] hoje o MP é o responsável pela maior parte das ações civis públicas em tramitação na Justiça. Mais do que isso, o Judiciário tem oposto resistência à construção dessa *legitimidade extraordinária* até mesmo quando o autor é o Ministério Público. Argumentam os juízes que, em muitos casos, os próprios titulares de direitos lesados é que deveriam ingressar em juízo, e, sendo esses direitos *disponíveis*, não cabe ao MP ou qualquer outro agente avocar para si a tarefa de defendê-los. (ARANTES, 1999).

Em pesquisa que realizou no STJ, Violeta Sarti Caldeira (2017, p. 81)¹⁵ apontou para o fato de que “O Ministério Público atua em 89,3% dos casos, pois também está em todas as ações em que há litisconsórcio. Com esse dado, é possível afirmar que a defesa dos direitos difusos e coletivos no Brasil depende da atuação do MP.” De forma que podemos inferir, que a participação do Ministério Público se tornou de tal forma expressiva na área de Direitos Difusos, que a atividade dos demais legitimados deveria ser notável para “concorrer” com o *parquet*.

6. Associações civis

Diferentemente ao MP, as associações não contam com um grande arcabouço legal. A constituição federal cita associações em circunstâncias como direito coletivo de classe profissional ou para denunciar irregularidades aos Tribunais de Contas (art. 74, §2º/CF), portanto, uma

¹⁵ Representação de interesses coletivos pela via judicial: dez anos de ações civis públicas julgadas no Superior Tribunal de Justiça /Violeta Sarti Caldeira - Curitiba, 2017.

participação tímida da sociedade civil, que poderia eventualmente participar da fiscalização dos órgãos públicos, para freios e contrapesos mais ‘democráticos’.

A conceituação e funcionamento de associações é prescrita na Parte Geral do Código Civil, nos artigos 53 a 61. Sendo definidas como “a união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”(BRASIL, 2002).

No CPC, a participação da sociedade civil em processos coletivos é na verdade uma mera alusão a possíveis legitimados pelo CDC, conforme art. 139, que ao definir poderes e deveres do magistrado em seus incisos, assim discorre sobre possível ação coletiva:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...]

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

A legislação que mais garante participação na defesa de direitos para as associações civis é o Código de Defesa do Consumidor, que ao definir os direitos passíveis a serem defendido coletivamente em seu art. 81, define como concorrente a atuação dos autores:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evi-

denciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Como veremos adiante, essa definição legal é fundamental, ao expormos os dados fica claro que graças a lei especial as associações possuem maior fundamento para pleitear e eventuais preliminares de ilegitimidade alegadas por réus em ações na área do direito consumidor são raramente deferidas apesar da recorrência com que são alegadas (vide Gráfico 3).

Posto isso, além do já citado art. 5º da Lei 7.347/85, e do Código de Defesa do Consumidor, as associações ficam a mercê da discricionariedade dos magistrados e as diversas interpretações jurisprudenciais, por vezes divergentes do texto legal, geram insegurança jurídica quanto a algo tão liminar ao processo, como a legitimidade da parte.

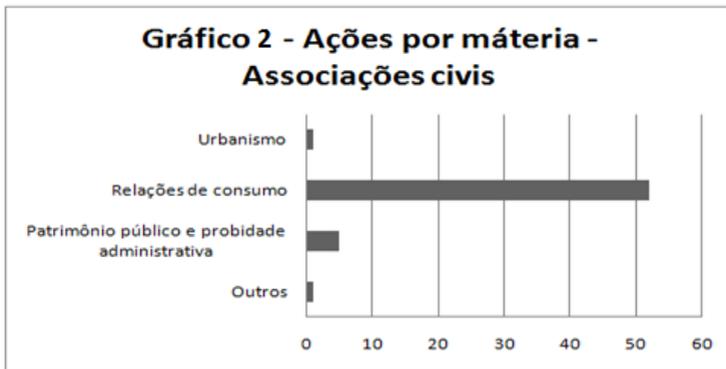


Gráfico 2 - Atuação questionada das associações civis por matéria de direito no TJPR (1999 - 2014) - Elaboração Própria.

Há a disparidade do social para o formal, uma vez que de concorrente, como prescreve a lei, na prática a legitimidade das associações civis passa a subsidiária. Preenchendo vácuos de representação, aos quais o MP não tem interesse, as associações são relegadas a atividade menos expressiva, em geral na defesa de direitos individuais homogêneos. Notável tal atividade, também em outras esferas do judiciário:

(...) é possível notar que, segundo os recursos do STJ, a sociedade civil atua mais, justamente, na área em que o Ministério Público encontra dificuldade. Podemos dizer que as associações civis tendem a ocupar os espaços da proteção dos direitos difusos e coletivos à sombra do Ministério Público (...) (CALDEIRA, 2017)

Uma das justificativas para essa “tímida” atuação das associações civis é a de que a sociedade civil não é organizada “O argumento é que temos uma sociedade civil fraca, desorganizada e incapaz de defender seus direitos fundamentais. Uma sociedade “hipossuficiente” no jargão jurídico.” (ARANTES, 1999).

Contudo, em matéria dos direitos coletivos trabalhistas vemos uma sociedade civil altamente organizada, há exemplo dos dissídios coletivos promovidos por Sindicatos de maneira extremamente bem sucedida. O que ocorre é que em matéria trabalhista, o legislador da Constituição da República e da CLT foi cuidadoso, não negligenciou a substituição processual de tais organizações de classe, enquanto em matéria de direitos difusos não há segurança jurídica para que a sociedade seja representada ou substituída processualmente.

Não fornecendo um respaldo legal igual ao dado ao MP, o legislador relegou às associações civis uma participação mirrada, muito aquém daquela que poderia ser. Atribuir o adjetivo de hipossuficiente a uma sociedade a quem a própria lei tornou incapaz de se auto-defender, e usar esse argumento como meio de validar a predominância de instituições estatais é uma ofensa à democracia.

7. Conclusão

Em sua origem, a Ação Civil pública contou com dois anteprojetos, sendo que aquele que vingou, foi o que atribuía maior atividade ao Ministério Público. A formação de outros diplomas legais como, por exemplo o Código de Processo Civil, também deixou às associações civis em limbos jurídicos. Notável pois, que a legislação ao fundamentar mais a atividade

do MP, e não se estender mais no que concerne às associações civis, criou uma iniquidade quanto aos diversos legitimados para a proposição da ACP, pode-se atribuir a legislação grande parte da culpa pela falta de participação democrática na defesa dos direitos difusos e coletivos.

A lei que ignora a sociedade como um corpo independente e autônomo relega a essa uma atividade hipossuficiente, dependente da atividade de instituições públicas para ter seus direitos pleiteados em juízo. O acesso à justiça, obviamente, não se reduz ao judiciário, porém passa por ele, dessa forma, a negação quanto à autonomia da sociedade gera uma situação de minoridade do grupo social que se vê impedido de acessar à justiça.

Além disso, magistrados resistentes a uma visão massiva do direito, mais atenta à realidade fluída da contemporaneidade, se apóiam nesses vácuos legais para deixar de reconhecer como legítimas as associações civis. A pesquisa realizada não expôs favoritismos ao MP, mas resistência dos juízes em reconhecer que alguns problemas sociais dizem respeito a vários e não alguns. A grande distinção entre MP e associações é o arcabouço jurídico que serve de base para o primeiro, frente às arbitrariedades do judiciário, e que falta para o segundo na mesma situação.

Portanto, atribuir ao Ministério Público um monopólio sobre as Ações Civas Públicas é ignorar a legitimação legal concorrente concedida pela lei 7.347/85, e a participação das associações civis públicas que penam para conseguirem reconhecimento de seus pleitos no judiciário. Apesar de reduzida, a figuração na defesa de direitos difusos por associações permanece sendo a segunda maior, perdendo apenas para o MP.

Enquanto o monopólio atribuído ao *parquet* pode ser exagerado, a subsidiariedade das associações é mais crível, uma vez que essas preenchem as lacunas de atividade deixadas, como por exemplo, na proteção aos direitos individuais homogêneos.

Conclui-se que, a legislação no que diz respeito à proteção de direitos difusos e coletivos atual, apesar de avançada, esboça uma sociedade

incapaz de se autotutelar, e por isso cerceia o acesso à justiça, ao passo que a jurisprudência é resistente na percepção de direitos transindividuais como bens da sociedade que não podem ser encaixados na visão do direito clássico.

Referência

Arantes, R. B. **DIREITO E POLÍTICA: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. [S.L.]: 1999.

Arantes, R. B. **Judiciário e Democracia no Brasil**. Novos Estudos CEBRAP: 1999, p. 27-41.

Caldeira, V. S. **Representação de Interesses Coletivos pela Via Judicial: Dez anos de Ações Cíveis Públicas Julgadas no Superior Tribunal de Justiça**. Biblioteca de Ciências Humanas e Educação – UFPR: 2017.

Cappelletti, M. e Garth, B. **Acesso à Justiça**. Fabris. Porto Alegre: 1988

Grinover, A. P. **Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law - Uma Análise de direito comparado**. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2011.

Mancuso, R. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. Revista dos Tribunais. São Paulo: 2002

Vianna, W. **A Democracia e os Três Poderes no Brasil**. UFMG. Belo Horizonte: 2002.

A inconstitucionalidade dos códigos e regulamentos de disciplina discente dos institutos federais

Rafael Bomfim Souza

1. Introdução

Os Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia (IFs) estão criando normas disciplinares legais e constitucionais? É se debruçando sobre esse questionamento que surge esse texto com o objetivo de responder à pergunta acima e mostrar em que medida essas normas vem contrariando diversas leis e, por vezes, a própria Constituição. Aqui, especificamente, analisaremos a norma do Instituto Federal da Bahia (IFBA), por meio de uma comparação entre o referido Código, a legislação em vigor e a doutrina atinente ao tema.

Antes de se aprofundar nesse estudo, é preciso entender a natureza das normas a serem analisadas, denominadas Código Disciplinar Discente (CDD). Essas são normas que regulamentam o regime disciplinar dos estudantes dos IFs, instituindo o que é permitido e proibido aos estudantes praticarem, regulando o processo disciplinar e prevendo as sanções aplicáveis a cada ato de indisciplina que vier a ser praticado. No IFBA, o CDD está previsto na Resolução 73/2013. Apesar da grande abrangência dessas normas, faremos uma análise delas no que tange ao processo disciplinar e sanções, no sentido de averiguar em que medida esses dispositivos afrontam a Constituição e outras leis. Assim, busca-se demonstrar a ilegalidade e inconstitucionalidade desses Códigos emos-

trar que estes carecem de validade material e, portanto, não deveriam ser aplicados em casos práticos. As normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano e, nessa linha, Greco (2017, p. 40) traz que a Constituição é a maior dentre todas as normas, e que normas inferiores devem buscar nela sua fonte de validade, além de ressaltar que estas não podem contrariar uma norma superior, sob pena de serem expurgadas do ordenamento jurídico.

2. As ilegalidades do CDD

Necessário apontar a confusão que o CDD faz quando considera como infração disciplinar os atos de indisciplina que vierem a ser praticados por estudantes. Ferreira (2004) traz a diferenciação entre infração e ato indisciplinar ao apontar que os atos infracionais são as infrações previstas no Código Penal e nas Leis penais, quando praticadas por criança ou adolescente, enquanto os atos indisciplinados são aqueles que se apresentam como o descumprimento das normas da escola. O referido autor também afirma que “nem todo ato indisciplinar corresponde a um ato infracional”, pois “a conduta do aluno pode caracterizar uma indisciplina que não corresponda a uma infração prevista na legislação” (Ferreira, 2004, p. 86) e que, em obediência ao princípio da legalidade, a infração somente se verifica quanto a conduta do infrator se enquadra como crime previsto na legislação em vigor. O art. 37 da Constituição, ao impor à Administração Pública o respeito ao princípio da Legalidade, reforçou a ideia de que os atos da administração devem sempre seguir o disposto na Constituição e nas leis. Nessa linha, Cid (2014) coloca que o princípio da legalidade fundamenta a nova ordem do direito administrativo porque a administração, ao editar normas, deve se ater ao direito como um todo, e não somente à Constituição. Tem-se, então, um dos problemas mais graves constantes no referido Código, pois, ao dizer quais são as condutas proibidas (e passíveis de sanção) pela escola, as configura como crime, afirmando que essas condutas são “infrações”,

como podemos ver no art. 1º da Resolução 73/2013 do IFBA (BRASIL, 2013). Tal menção contraria a Constituição Federal de ‘1988, que em seu art. 5º, XXXIX, traz que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim sendo, não pode a Administração Pública, sob o argumento de possuir discricionariedade, valer-se desta para burlar a lei e punir o administrado, criando fatos administrativamente puníveis que não possuem previsão legal.

Dessa forma, podemos verificar que o CDD traz em si um vício legal grave quando usa o termo ato infracional para se referir a atos de indisciplina praticados por estudantes, quer pela natureza dos “atos”, quer pela forma como cada um deve ser apurado e, se comprovado, punido. Ora pois, se as leis da republica colocam que atos infracionais são crimes, estes devem ser investigados e julgados perante as esferas que tem competência para tal, como o Poder Judiciário, e não pela escola. Esta segunda deve ter como responsabilidade os atos indisciplinares que não são configurados como crime. Desta forma, é de se entender que o uso do termo “ato infracional” em um código disciplinar discente de uma escola configura uma flagrante ilegalidade, pois representam uma afronta ao princípio da legalidade, ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e à Constituição Federal.

Ademais, o CDD menciona quais são os atos considerados “infrações”. Entretanto, a maioria desses atos se quer são considerados crimes perante a legislação brasileira. O que ocorre é que o Conselho Superior se colocou como legislador e criou crimes que não existem no nosso ordenamento jurídico. Em outros pontos, menciona ações que são consideradas como crimes, mas que não podem ser apurados e punidos no âmbito escolar, pois esta não tem essa competência. Um exemplo é o mencionado no art. 10, incisos II e III. A pratica de violência que resulte em lesão corporal grave, gravíssima ou morte, e a pratica de estupro ou atentado violento ao pudor são tidos como crimes, e o rito de apuração e punição, assim como as penas a serem impostas, são previstas em lei, e vão ser conduzidas por um juiz de primeira instancia, quando o acusado

não for autoridade que goze de foro por prerrogativa de função. A escola delegar a si própria o papel de apurar práticas como essa soa como uma arbitrariedade jurídica. Quem na escola tem formação e competência para decidir sobre a penalidade a ser imposta por alguém que pratique uma violência sexual? Isso só serve para deixar mais claro a ilegalidade que permeia este Código.

Ainda nas ilegalidades iniciais do referido Código, podemos observar o art. 2º do CDD. Este traz que “a norma disciplinar do Instituto observa rigorosamente os princípios constitucionais, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei nº 9.784/99 e o Código Penal, quando de sua elaboração e aplicação, os quais serão sempre consultados em caso de lacuna ou dúvidas interpretativas”. A menção ao Código Penal é descabida pois, em se tratando de um ambiente escolar, não se deve priorizar uma sanha punitivista, mas sim o fazer pedagógico. Entretanto, ao observarmos o art. 14, podemos verificar que o CDD assegura que deve ser levado em consideração “os fatores psicológicos, culturais, sociais, econômicos, políticos, dentre outros fatores subjetivos do(s) indivíduo(s) envolvido(s)”, ou seja, os estudantes. Dessa forma, o CDD foi omissivo ao não mencionar que deveria observar também a Lei 12.852/2013 que cria o Estatuto da Juventude, visto que essa lei menciona diversos aspectos sociais, políticos, culturais dos jovens, além de considerar os jovens como pessoas em desenvolvimento (princípio já mencionado no ECA).

Outra flagrante ilegalidade do CDD expressa-se quando este aponta quais são as sanções disciplinares aplicáveis aos alunos daquela instituição, como as medidas socioeducativas e de suspensão e desligamento, constantes no art. 4º. Cabe destacar o fato de o CDD sugerir a aplicação de medida socioeducativa a estudantes. A previsão desta sanção no Código é nitidamente ilegal, pois contraria o Estatuto da Criança e do Adolescente. Merece registro o fato de o Superior Tribunal de Justiça ter assentado entendimento no sentido de que a aplicação de medidas socioeducativas é competência exclusiva do Poder Judiciário (Súmula

108/STJ), pois o Juiz da Infância e da Juventude é a autoridade a que se refere o art. 146 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Já sobre o art. 40, incisos IV e V, enfrentamos uma questão que deve ser analisada criteriosamente. Nesse ponto, cabe questionar: qual a função social da escola, se não a de proporcionar o desenvolvimento de seres humanos livres, conscientes e críticos? O ambiente escolar não deve ser tão somente usado para cumprir funções ou realizar papéis meramente burocráticos. A Escola tem um papel realmente importante na vida de uma pessoa. Como função social a escola é o local onde se visa a inserção do cidadão na sociedade, através da inter-relação pessoal e da capacitação para atuar no grupo que convive. Forma cidadãos críticos e bem informados, em condições de compreender e atuar no mundo em que vive.

Nesse sentido, tudo há que ser feito para a garantia de acesso e permanência nesse espaço social fundamental a evolução de qualquer sociedade. A Jurisprudência Brasileira tem levado tais princípios em conta e tem atuado no sentido de deixar claro que não é recomendável que as escolas descumpram sua função social e não procurem se livrar de problemas que dizem respeito ao desenvolvimento cidadão. Pelo contrário, têm elas a obrigação de propiciar um tratamento adequado que busque o desenvolvimento psicossocial da criança e do adolescente.

O aluno que é suspenso, expulso ou “convidado a se retirar” acaba desenvolvendo um sentimento de rejeição e anormalidade, interferindo em sua capacidade de aprendizagem e desenvolvimento social. É bem verdade que as escolas têm o direito e o dever de impor limites e criar obrigações, porém, impor limites não significa determinar medidas autoritárias, abusivas e, acima de tudo, ilegais. Ou seja, entende-se que, quando a escola legisla impedindo o acesso ao ensino e à educação, a mesma atenta, por ação e omissão, contra os direitos fundamentais do estudante previstos na Constituição Federal da República.

Assim, aquele que arbitra na administração pública deve pautar suas decisões a partir do princípio de que a educação é um direito de todos, destina-se ao pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o

trabalho e ao preparo para o exercício da cidadania, conforme dispõe o art. 205 da Constituição Federal:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Vale lembrar que as sanções disciplinares não podem afrontar a garantia ao acesso e permanência na escola, nem acarretar vexame ou constrangimento indevido aos alunos, sob pena de inadmissível abuso do poder de punir que, em vez de corrigir o ato de indisciplina, apenas perpetua a cultura de arbitrariedade e o desrespeito aos direitos fundamentais da pessoa. As sanções disciplinares cabíveis para os casos mais graves constituem-se em: advertência; suspensão da frequência às atividades da classe, sendo vedada no período de provas e sem prejuízo ao aprendizado escolar; reparação do dano causado voluntariamente ao patrimônio público ou particular, desde que observada as regulamentações legais; retratação verbal ou escrita; mudança de turno e a mudança de turma.

Segundo a Lei de Diretrizes e Bases que rege o Ensino Brasileiro, em seu artigo 1º “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”.

Em seu artigo 2º, a referida lei afirma que “a educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Entende-se, dessa forma, que as instituições de ensino têm um caráter altamente educativo e formativo, e minoritariamente punitivo.

O Estatuto da Criança e do Adolescente começa pela citação da Constituição Federal. Esta, em seu artigo 227, estabelece que “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão. ”

Este artigo 227 da CF/88 tem uma palavra chave: absoluta prioridade. Logo, tendo em vista a absoluta prioridade em proteger a criança e o adolescente é que o ECA deve ser observado com o máximo rigor. Formado por um conjunto de princípios e regras, o ECA rege diversos aspectos da vida da criança e do adolescente, desde o seu nascimento à maioridade. Isto consoante o preceituado no já citado artigo 227 da CF/88. Desta maneira, o Estatuto tutela-os de forma ampla.

Importante salientar que o ECA deve ser interpretado e aplicado sempre em atenção aos fins sociais a que se dirige, conforme se vê no artigo 6º do diploma referido: na interpretação desta lei levar-se-ão em conta os fins sociais. Tendo sempre em vista que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento – e por estarem em desenvolvimento merecem tratamento especial. Este princípio da proteção integral encontra-se ligado ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o que obriga os aplicadores do Direito – e toda a sociedade – a buscarem, sempre, a solução que proporcione o maior benefício possível para os protegidos pela lei em questão.

O artigo 4º do ECA, cópia fiel da primeira parte do artigo 227 da CF/88, nos apresenta em seu parágrafo único que a garantia de prioridade absoluta para as crianças e adolescentes contemplam: 1. Primária de receber socorro; 2. Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância público; 3. Preferência na formulação e execução de políticas públicas; 4. Destinação privilegiada de recursos públicos.

Segundo o artigo 5º do ECA “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. ”

Este artigo deixa bastante claro que não serão tolerados, nem por parte dos pais e nem de quaisquer pessoas que tenham contato com a criança e o adolescente, qualquer comportamento que venha a atentar contra o 5º artigo do Estatuto. A doutrina moderna enxerga a criança e o adolescente como sujeitos de Direito – e estes direitos devem ser protegidos juntamente com as crianças e adolescentes.

No entanto, toda e qualquer medida adotada deve levar em conta, necessariamente, a condição da criança e do adolescente de pessoa em desenvolvimento. Além das sanções supramencionadas, é fundamental que a escola possibilite o diálogo, o tratamento psicológico adequado, promovendo, a todo o momento, a participação dos pais e da comunidade no processo pedagógico. Especialistas da área jurídica afirmam que é preciso desmistificar a ideia da necessidade da expulsão ou transferência compulsória como imposição de limites, pois, entende-se que, imposição de limites não pode redundar em medidas ilegais. Assim sendo, inexoravelmente, não há o que se falar em medida extremadas como punições de suspensão e expulsão, pois estas desrespeitam os preceitos legais, e representam uma gravíssima afronta a nossa legislação pátria e a doutrina que se consolidou.

Para além disso, devemos nos atentar aos prazos previstos no que tange as suspensões e a gravidade de uma expulsão. Estipular um mínimo de 3 dias para suspensão chega a ser considerado desproporcional, pois afasta-se o discente de atividades acadêmicas importantíssimas por um período, que mesmo sendo 3 (três) dias, causa um prejuízo pedagógico irreparável. Ademais, é de se pensar: os setores pedagógicos da instituição, a gestão central, a pró-reitora de ensino, e o departamento de permanência e assistência estudantil colocaram na balança os prejuízos que uma expulsão pode causar aos estudantes? Prejuízos morais, sociais,

acadêmicos e sobretudo psicológicos. Ao que podemos observar, isso pouco importa a tais órgãos, pois como ocorrido outras vezes, em casos em que houveram expulsões, não se observou quais os impactos da medida. Aliás, as medidas foram tomadas de forma unilateral e sem oportunizar aos discentes do IFBA direitos inerentes ao devido processo legal, como ampla defesa e contraditório.

Versando não somente de fatos puníveis e de sanções, o CDD aborda também sobre o processo administrativo contra os estudantes do IFBA. Entretanto, cabe pontuar que, em virtude do próprio caráter viciado do Código, este não traz o processo legal, mas sim um processo que já nasce tendencioso, como iremos demonstrar. Nesse ponto, há de se concordar com o entendimento de Di Pietro (2011, p. 190), explicando que o principal objetivo processo administrativo foi o de dar aplicação a princípios constitucionais pertinentes aos direitos do cidadão perante a Administração Pública.

Todavia, também cabe trazer que o processo nem sempre foi utilizado democraticamente, mas que às vezes foi usado para impedir o exercício livre de direito, ou para permitir que o direito não se realizasse (ROCHA, 1997). No que tange ao rito processual, é possível identificar uma falha do Código quando este não esclarece as condições para citação do discente acusado. Enquanto a Lei 9.784/99 dispõe que a intimação ou citação no PAD deverá conter a indicação clara dos fatos imputados e os fundamentos legais pertinentes, o CDD coloca que o denunciado será citado, com cópia da denúncia e do ato de designação da comissão processante, para que apresente defesa. Todavia, ocorre que, no caso do IFBA, as denúncias vêm sempre apontando a conduta hipoteticamente praticada pelo discente, mas nunca sua tipificação. Dessa forma, temos uma violação quanto ao preceituado na Lei de PAD, dispositivo legal o qual o próprio CDD obrigou-se a cumprir em seu art. 2º e, por consequência, uma obstrução ao exercício do direito ao contraditório e ampla defesa. Todo esse quadro demonstra que, além de ilegais, as referidas normas constantes no CDD são também inconstitucionais.

Outra questão a ser suscitada é quanto ao instituto da prescrição. O período de 245 (duzentos e quarenta e cinco) é desproporcional, se considerarmos que se trata de uma escola, e de estudantes que são cidadãos em formação educacional, social e política. Sobre isso citamos o grande penalista Rogério Grego que, em sua obra Código Penal Comentado, 8a e.d., p. 279, leciona que:

Vários fundamentos surgiram ao longo dos anos para justificar a necessidade da prescrição, podendo-se destacar entre eles o esquecimento a respeito da infração penal, o desaparecimento da necessidade do exemplo ao meio social, a dispersão de provas, além do fator tranquilidade para aquele que praticou a infração penal, pois um erro cometido no passado não pode persegui-lo para sempre.

Portanto, considerando a desproporcionalidade do período previsto no art. 17, é de se pensar na redução do prazo prescricional, com vistas a proteger a integridade da criança e do adolescente, conforme previsão do ECA. Sob esse argumento, é de se pensar também na redução do período previsto no art. 20.

3. Considerações finais

Diantedo exposto, fica claro que o CDD do IFBA tem dispositivos ilegais e outros, inconstitucionais. Isto porque, como assinala Freitas (2009, p. 73), os agentes públicos não podem tomar decisões ou promulgar normas infralegais que infrinjam as leis em vigor, pois a conformidade com a lei é condição necessária de validade desses regulamentos. Também nessa linha, a lição de Cunha Jr. (2018, p. 298) traz que a inconstitucionalidade de uma norma se caracteriza pela violação de norma constitucional. Sendo assim, conclui-se que o presente trabalho cumpriu seu objetivo, qual seja, comprovar a inconstitucionalidade e ilegalidade chapada do Código Disciplinar Discente do IFBA, tanto porque, como demonstrando, afronta leis que tratam de temas que a referida norma infralegal também aborda, como porque afronta direta e

indiretamente disposições da Constituição de 88, desviando assim o objetivo do processo administrativo, que é cumprir o devido processo legal no ambiente administrativo e tutelar os administrados contra desmandos da administração (CUNHA, 2014, p. 10). Dessa forma, tanto o CDD como os regulamentos similares de outros IFs, por trazerem normas semelhantes às do IFBA, deveriam ser revisados e editados em conformidade com as normas legais vigentes, em virtude da ilegalidade e da inconstitucionalidade desses Códigos que vigoram nas referidas instituições de ensino.

Referências

BRASIL. Conselho Superior do Instituto Federal da Bahia. Estabelece o Código Disciplinar Discente do IFBA. Resolução CONSUP-IFBA n. 73, 22 nov. 2013. Salvador, 2013.

CID, Clarissa Felipe. Princípio da legalidade administrativa: da legalidade a juridicidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14132>.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CUNHA, Bruno Santos. Aplicabilidade da Lei Federal 9.784/99. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 206. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A lei de processo administrativo: sua idéia matriz e âmbito de aplicação. In: MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes de; NOHARA, Irene Patrícia (Org.). *Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99*. São Paulo: Atlas, 2011.

FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. O Estatuto da Criança e do Adolescente e o professor: reflexos na sua formação e atuação. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista. Presidente Prudente, 223. 2004.

FREITAS, Juarez. O Controle do Atos Administrativos e os Princípios fundamentais. 4º ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, n. 209, p. 189- 222, jul./set. 1997.

Jurisdição internacional e direitos humanos: os casos Gomes Lund e Herzogsob análise comparativa

Luciana Moreno Toro Vidal

1. Introdução

Os tratados internacionais sinalizam o compromisso de diversos Estados para com a proteção e a promoção dos Direitos Humanos. A fim de facilitar o desenvolvimento regional, foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA) e em seu âmbito de atuação estruturou-se o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH). Um dos mecanismos integrantes desse sistema é a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH), cuja função jurisdicional é nosso objeto de pesquisa, uma vez que, ocorrida violação ao que foi pactuado nos tratados é possível que os Estados sejam responsabilizados internacionalmente por meio de Sentenças, sendo a responsabilização uma das ferramentas utilizadas para assegurar o adimplemento das cláusulas firmadas nos Pactos.

Nesse aspecto, o estudo buscará analisar em perspectiva comparativa os casos Gomes Lund (julgado em 2010) e Herzog (julgado em 2018), os quais são duas responsabilizações emanadas pela CorteIDH em face do Brasil, visto apresentarem similaridades factuais e de contexto histórico da Guerra Fria no cenário global e do regime militar ditatorial no plano

¹ A CorteIDH também possui função consultiva, que consiste na interpretação dos Tratados por meio da emissão de pareceres.

interno. O objetivo do Estado consistia em neutralizar todos os opositores do Regime, mormente membros ou simpatizantes do Partido Comunista do Brasil (PCB), mediante uma atuação ilegal com uso sistemático da tortura, que era conhecida e fomentada à revelia de todos os direitos humanos estabelecido à época. O que diferencia os fatos do Caso Herzog e Guerrilha do Araguaia são respectivamente: local da ocorrência das violações – região rural do atual estado do Tocantins e cidade de São Paulo; atuação voltada para extermínio de um indivíduo determinado e para um grupo; utilização da tática de negação de existência e simulação de um suicídio, envolvendo prática de tortura por agentes de Estado e violação ao direito à verdade.

Tal observação comparativa dos casos proporciona um panorama do comportamento do Brasil em se tratando de cumprimento das sentenças internacionais, considerando o lapso temporal entre as duas condenações.

2. Objetivos e justificativa

Ao estabelecer conceitos, compromissos e objetivos comuns de proteção aos direitos humanos os Estados estão acordando que a valorização da pessoa humana é o alicerce das políticas estatais, que devem nortear os diversos planos de governo. Há uma construção coletiva, materializada por meio da jurisdição internacional, de uma base normativa (pactos, tratados, códigos²) que deve ser permeável para diferentes culturas, a fim de garantir os direitos humanos em todas as suas características – historicidade, pois se edificam ao longo do tempo; irrenunciabilidade, uma vez que anuência não convalida violação do conteúdo; inalienabilidade, ao passo que são indisponíveis; imprescritibilidade, porque não se esgotam

²“A expressão tratado é uma expressão-gênero, que alberga dentro de si diferentes nomenclaturas. Assim, na prática convencional geral, pode-se identificar um sem número de denominações que recebem os tratados, dependendo do assunto por eles versado, de sua finalidade, da qualidade das partes, número de contratantes, etc.” MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 209.

com o passar do tempo; e, vedação ao retrocesso, visto que deve sempre agregar valor ao ser humano e não retirar³.

Devemos observar que cada Estado deverá determinar a maneira como irá garantir, promover e concretizar a cultura de direitos humanos em sua própria jurisdição, dentro dos parâmetros estabelecidos, isto é, o conteúdo dos acordos.

Destarte, delimitamos o problema do presente artigo a partir da indagação: como a fase do cumprimento das decisões da Corte IDH contribui para desenvolvimento da cultura de direitos humanos no Brasil? Buscamos investigar o papel da jurisdição internacional no desenvolvimento da cultura de direitos humanos a partir do estudo do cumprimento das decisões dos casos Gomes Lund e Herzog. Tal estudo é justificado pois, ao ser condenado pela jurisdição internacional, nosso país violou os compromissos internacionais de proteção e tutela dos direitos humanos. Logo, é de interesse social e da comunidade internacional que as imposições exaradas por meio das sentenças sejam cumpridas como forma de reparação e como promoção da cultura de direitos humanos no plano local, além de constituir um mecanismo de observação das práticas Estatais.

Sendo assim, precisamos saber se o anseio por acesso à justiça levado àquela Corte e lá julgado é correspondido em âmbito nacional. De outro modo, a pesquisa buscará constituir um meio de divulgação dos entendimentos da Corte IDH, referente aos casos em apreço, buscando fortalecer o SIPDH, sobretudo em seu papel jurisdicional, ante a ausência de um comitê fiscalizador no âmbito da OEA. Portanto, a pesquisa busca ser canal de comunicação entre comunidade acadêmica e sociedade civil, com o propósito de fomentar a discussão sobre a aplicação dos instrumentos jurídicos de direito internacional de direitos humanos no Brasil.

³MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 900.

3. Metodologia

As técnicas fundamentais de abordagem da pesquisa foram a legislativa (textos legais), a doutrinária (estudo de juristas) e jurisprudencial (decisões dos Tribunais), sobretudo as Sentenças em que a República Federativa do Brasil foi condenada pela Corte IDH - casos Gomes Lund e Herzog. Isso pois, a partir das obrigações impostas, é possível delimitar quais delas foram implementadas pelo Brasil e de qual maneira, com foco nos efeitos jurídicos decorrentes, que reverberam no meio social. A metodologia cinge-se no método indutivo, a partir do estudo de casos e comparação qualitativa entre ambos.

4. Resultados e discussão

4.1 Contexto histórico

No panorama internacional era estabelecido o contexto da Guerra Fria, que significou a disputa e consequente bipolarização do mundo entre capitalistas e comunistas. No nosso país, sob a pretensa narrativa de proteção contra a “ameaça comunista” se instalou a Ditadura brasileira (1964-1985), que se iniciou no ano de 1964 com a deposição do então Presidente João Goulart por meio do Golpe Militar, baseado na Doutrina da Segurança Nacional e em normas de exceção. Ambas as sentenças objetos da comparação tratam de fatos ocorridos nesse momento histórico, que teve como marcos os Atos Institucionais, a proibição dos partidos políticos, fechamento do Congresso Nacional, as obras faraônicas e a censura.

Dentre todos os 5 (cinco) presidentes desse ciclo militar, o mandato do presidente Médici (1969-1974) foi caracterizado como o mais repressivo. Já sob o comando do Presidente Geisel (1974-1979), o quarto presidente na sucessão cronológica, o desaparecimento de presos políticos torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a

contradição entre o discurso de abertura e a prática repressiva. Por isso, a partir de 1974, segundo o discurso institucional e oficial, não houve mortes nas prisões e o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores. De modo conveniente, todos os presos políticos mortos acabaram desaparecendo no limbo.

4.2. Dos fatos

Os fatos considerados em ambas sentenças apresentam outras semelhanças além do contexto histórico – o objetivo do Estado de neutralizar todos os opositores do Regime, sobretudo membros ou simpatizantes do Partido Comunista do Brasil (PCB) -, mediante uma atuação ilegal com uso sistemático da tortura, que era conhecida e fomentada à revelia de todos os direitos humanos. O que diferencia os fatos do Caso Herzog e Guerrilha do Araguaia são, respectivamente: local da ocorrência das violações – região rural do atual estado do Tocantins e cidade de São Paulo; atuação voltada para extermínio de um indivíduo específico e para um grupo; tática de negação de existência e simulação de um suicídio.

O caso Araguaia trata do desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre integrantes do grupo de resistência paramilitar - formado por integrantes do Partido Comunista do Brasil (PCB) - e camponeses moradores da região do Bico do Papagaio, situada às margens do Rio Araguaia, como resultado das campanhas e operações empreendidas nos anos de 1972 e 1975 com objetivo de erradicar o grupo conhecido como Guerrilha do Araguaia. No entanto, ao longo dos anos, a existência de tal Guerrilha foi negada pelo Estado, subsidiando a violação sistemática do direito à verdade e dos familiares de velarem seus entes queridos, evidenciando a sistemática de execuções e tortura.

Ao passo que, no caso Herzog, a atuação ocorreu na sede do DOI/CODI (Departamento de Operações Internas/Centros de Operação de Defesa Interna) de São Paulo, na manhã do dia 25 de outubro de 1975, onde Vladimir Herzog, jornalista e diretor do departamento de jornalismo

da TV Cultura, se apresentou voluntariamente após ser intimado para prestar depoimento. Ali ele foi detido arbitrariamente, interrogado, torturado e executado, acusado de ser membro do PCB. No entanto, a versão oficial apresentada e sustentada pelo Estado foi a de suicídio. Todavia, o suicídio foi claramente forjado, o que causou grande comoção nacional e, por isso, determinou-se a abertura de um inquérito policial militar (IPM nº 1173-75) a fim de esclarecer as circunstâncias da morte, que acabou sendo arquivado. Destacamos a morosidade na tramitação dos processos na jurisdição interna, o que levou as vítimas a se socorrem da jurisdição internacional, conforme se observa da tabela abaixo:

CASO HERZOG: ORDEM CRONOLÓGICA NA JURISDIÇÃO INTERNA			
DATA	MEDIDA	ÂMBITO	COMENTÁRIO
16/05/1978	Ação Declaratória nº 136-76 (Audiência de instrução)	Justiça Federal	Declaração de Harry Shibata, que assinou o laudo de necropsia, mas afirmou que nunca tinha visto o corpo de Vladimir
27/10/1978	Ação Declaratória nº 136-76 (Sentença)	Justiça Federal	Declaração de que Vladimir Herzog havia morrido de causas não naturais quando estava no DOI/CODI/SP; ilegalidade da detenção de Vladimir Herzog bem como à prova da tortura que sofreu; prática do crime de abuso de autoridade e tortura. Envio do expediente ao Procurador da Justiça Militar
17/11/1978	Ação Declaratória nº 136-76 (Apelação da União)	Tribunal Federal de Recursos	
28/08/1979	Edição de lei de Anistia nº 6683/79 ⁴	Legislativo	Sancionada pelo General João Baptista Figueiredo
1983	Ação Declaratória nº 136-76 (julgamento da Apelação)	Tribunal Federal de Recursos	Declaração do Tribunal consistia na obrigação desta última de indenizar pelos danos decorrentes da morte de Herzog, e salientou que esses danos deveriam ser reclamados por meio de uma ação de indenização

⁴ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares. §1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política; §2º - Excetua-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

04/05/1992	Ministério Público requer a abertura de um inquérito policial, e que Mira Grancieri fosse submetido a reconhecimento pessoal por parte de testemunhas ⁵	Autoridade Policial	
21/07/1992	<i>Habeas corpus (hc)</i> interposto por Mira Grancieri	Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo	Fatos que já tinham sido analisados pelo IPM nº 1173-75; que a justiça ordinária não tinha competência para analisar os fatos; que a Lei de Anistia impedia a investigação dos fatos
13/10/1992	<i>hc</i> concedido, encerrando a investigação	Quarta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo	Cumprimento à Lei de Anistia
28/01/1993	Procurador-Geral de São Paulo apelou da decisão que concedeu o <i>hc</i>	Superior Tribunal de Justiça (STJ)	Fundamentando que os inquéritos policiais não podiam ser paralisados por meio do <i>hc</i>
18/08/1993	Confirmada a decisão de primeira instância - <i>hc</i> mantido	STJ	Os magistrados sustentaram que não haviam sido cumpridos requisitos formais processuais e indeferiram o recurso
18/05/1994	Ação Declaratória nº 136-76 (Julgamento dos Embargos)	Tribunal Regional Federal da 3ª região (TRF3)	Não conhece dos embargos infringentes da União
27/09/1995	Ação Declaratória nº 136-76	TRF3	Sentença do TRF 3 transita em julgado
04/12/1995	Promulgada a Lei Nº 9.140/1995	Legislativo	Estado reconheceu sua responsabilidade, entre outros, pelo “assassinato de opositores políticos” no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979
04/1996	Com base na lei nº 9.140/1995, aprovada moção de reconhecimento	Executivo	Clarice Herzog (esposa) solicitou o reconhecimento de que Vladimir Herzog havia sido assassinado e torturado no DOI/CODI de São Paulo.
1997	Recebida indenização de R\$100.000,00 reais	Executivo	Com base na lei nº 9.140/1995
2007	Publicação do livro “Direito à Memória e à Verdade”, em razão da lei nº 9.140/1995	Executivo	Análise do contexto geral no qual ocorreu a última ditadura brasileira e também casos de vítimas concretas do terrorismo de Estado, entre elas Vladimir Herzog
05/03/2008	Ministério Público solicita expressamente que se investigassem os crimes contra Vladimir Herzog	Autoridade Policial	Sustenta que a decisão da Justiça Estadual (não investigar Mira Grancieri) era nula

⁵ Devido a declarações dadas à Revista “Isto é, Senhor” na qual Pedro Antonio Mira Grancieri, conhecido como “Capitão Ramiro”, afirmou que havia sido o único responsável pelo interrogatório de Herzog.

14/05/2008	Ministério Público Federal (MPF) apresentou uma Ação Civil Pública (ACP) nº 2008.61.81.013434-2 ⁶	8ª Vara Federal de São Paulo	Pedidos: 1) declaração da existência de obrigação do Exército brasileiro de tornar pública toda a informação que tivessem com respeito às atividades desenvolvidas no DOI/CODI do II Exército, entre 1970 e 1985; 2) declaração da omissão da União em promover as medidas necessárias para a reparação de danos que apoiou o pagamento das indenizações previstas na Lei Nº 9.140/95; 3) declaração de responsabilidade dos ex-comandantes; e 4) condenação dos ex-comandantes a diversas reparações e à perda de funções públicas
12/09/2008	ACP Nº 2008.61.81.013434-2	8ª Vara Federal de São Paulo	O Procurador emitiu um despacho fundamentado, no qual solicitou ao Tribunal Federal o arquivamento do inquérito
09/01/2009	ACP Nº 2008.61.81.013434-2	8ª Vara Federal de São Paulo	Existência da coisa julgada material que tornava impossível a continuação das investigações por estar extinta a ação penal; fatos ocorridos em prejuízo de Vladimir Herzog não devem ser considerados crimes contra a humanidade, uma vez que esse crime não havia sido tipificado no momento em que ocorreram os fatos ⁷ ; ação prescrita ⁸
05/05/2010	ACP Nº 2008.61.81.013434-2	8ª Vara Federal de São Paulo	Em conformidade com a Lei de Anistia, declarou improcedente a ACP, argumentando falta de idoneidade do recurso. O tribunal considerou que a ação interposta pelo MPF não podia ter como efeito a imposição de obrigações “de fazer”, nem tampouco de produzir efeitos típicos e próprios do <i>habeas data</i>
29/04/2010	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153)	STF	Lei de Anistia é compatível com a Constituição brasileira de 1988, reafirmando sua vigência. Essa decisão tem eficácia erga omnes e efeito vinculante a respeito de todos os órgãos do poder público. ⁹

⁶ ACP contra a União e contra os ex-comandantes do DOI/CODI/SP, Audir Santos Maciel e Carlos Alberto Brillante Ustra.

⁷ A sentença também ressaltou que “no ordenamento pátrio em vigor, não se admite criação de crime por lei delegada, medida provisória, decreto legislativo ou resolução, com muito maior razão não se pode concordar que um costume possa ser utilizado para tal fim, por mais consolidado que aquele esteja”.

⁸ Segundo a consideração da juíza que proferiu a sentença: “tanto o homicídio como o genocídio, bem como a tortura [...] não são infrações imprescritíveis frente à Constituição e demais normas do ordenamento em vigor”.

⁹ Ordem dos Advogados do Brasil, entidade petionária dessa ação, interpsó um recurso de embargos de declaração (recurso de esclarecimento), em 16 de março de 2011. Esse recurso continua pendente de decisão ao momento de proferir a presente sentença e a Lei Nº 6683/79 continua sendo aplicada pelo Poder Judiciário.

18/11/2011	Promulgada a Lei N ^o 12.528/2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV)	Legislativo	A CNV teve por finalidade “examinar e esclarecer graves violações de direitos humanos praticadas entre 18 de setembro de 1946 e 5 de outubro de 1988”. Suas atividades tiveram lugar de maio de 2012 a dezembro de 2014. ¹⁰
------------	---	-------------	--

4.3. A fase de cumprimento de Sentença do Caso Araguaia e a Sentença do Caso Herzog

No caso Guerrilha do Araguaia, o cumprimento se deu apenas em ordem parcial, uma vez que passados 8 anos desde a imposição das 12 penalidades pela Corte, o Brasil cumpriu 4 (quatro) delas e forma integral e 3 (três) de forma parcial. Para as pendências verificadas no Caso Araguaia não há perspectiva de adimplemento integral pelo estado brasileiro. O núcleo central da perspectiva negativa foi definido, sob o aspecto jurídico, sob o prisma do julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que decidiu pela constitucionalidade e vigência da Lei de Anistia – exatamente o oposto do que foi determinado pela Corte IDH, constituindo-se como maior óbice da jurisdição interna para o cumprimento integral da sentença internacional, uma vez que tal decisão gera efeito *erga omnes* no âmbito do Controle de Constitucionalidade. Aqui é necessário refletir sobre quem serão, de fato, os “*omnes* afetados”, pois, tal decisão acaba sendo o fundamento para indeferir diversas ações judiciais que buscam tutelar vítimas de violações ocorridas ao tempo da Ditadura Militar no Brasil. Violações estas que, em maior ou menor grau são reproduzidas pela Força Estatal, seja policial, judiciária ou executiva, o que acabalegitimando a violência Estatal no imaginário coletivo. A situação é agravada, ainda, pelas diversas questões da atual conjuntura

¹⁰ Como parte de suas atribuições, a CNV solicitou a retificação da causa mortis registrada no atestado de óbito de Vladimir Herzog. Em 24 de setembro de 2013, o juiz interveniente ordenou que no atestado constasse que a morte de Vladimir Herzog ocorrera em consequência de lesões e maus-tratos sofridos no DOI/CODI/SP.137 O relatório final da CNV afirmou que não havia dúvida de que Vladimir Herzog havia sido detido ilegalmente, torturado e assassinado por agentes do Estado no DOI/CODI/SP, em 25 de outubro de 1975.

política e econômica do Brasil que prejudicam a priorização da pauta dos direitos humanos.

Diante disso, destacamos que o caso Gomes Lund e outros evidenciou que o cumprimento da sentença vai além do universo jurídico, isto é, não se trata apenas de lacuna no ordenamento que se resolva por hierarquia normativa, razão de forte influência histórica, sociológica e das relações internacionais. Há aspectos intrínsecos e extrínsecos aos poderes executivo, legislativo e judiciário; pontos de tensão social e disputas de narrativas políticas e históricas que contribuem para o adimplemento (ou não) das Sentenças condenatórias, razão da necessidade de uma análise interdisciplinar da temática.

Após a admissibilidade pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e emissão de relatório de recomendação - não cumprido pelo Brasil - os casos foram levados a Corte Interamericana de Direitos Humanos. As condenações de responsabilidade estatal ocorreram de acordo com o quadro a seguir em decorrência das violações Convenção Americana (Convenção) e Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (CIPST).

VIOLAÇÕES PERPETRADAS PELO BRASIL	
CASO HERZOG	CASO ARAGUAIA
1) O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, previstos nos artigos 8.1 ¹¹ e 25.1 ¹² da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 ¹³ e 2 ¹⁴ do mesmo instrumento	1) O Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos

11 Artigo 8º - Garantias judiciais: 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

12 Artigo 25 - Proteção judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

13 Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

	3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento
II) em relação aos artigos 1 ⁵ , 6 ¹⁶ e 8 ¹⁷ da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em prejuízo de Zora, Clarice, André e Ivo Herzog, pela falta de investigação, bem como do julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e pelo assassinato de Vladimir Herzog, cometidos em um contexto sistemático e generalizado de ataques à população civil	II) O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada
III) bem como pela aplicação da Lei de Anistia nº 6683/79 e de outras excludentes de responsabilidade proibidas pelo Direito Internacional em casos de crimes contra a humanidade	III) O Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares

14 Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

15 Artigo 1. Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção.

16 Artigo 6. Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição. **Os Estados Partes assegurar-se-ão de que todos os atos de tortura e as tentativas de praticar atos dessa natureza sejam considerados delitos em seu direito penal, estabelecendo penas severas para sua punição, que levem em conta sua gravidade.** (grifo nosso) Os Estados Partes obrigam-se também a tomar medidas efetivas para prevenir e punir outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, no âmbito de sua jurisdição.

17 Artigo 8. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial. Quando houver denúncia ou razão fundada para supor que haja sido cometido ato de tortura no âmbito de sua jurisdição, os Estados Partes garantirão que suas autoridades procederão de ofício e imediatamente à realização de uma investigação sobre o caso e iniciarão, se for cabível, o respectivo processo penal. Uma vez esgotado o procedimento jurídico interno do Estado e os recursos que este prevê, o caso poderá ser submetido a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita por esse Estado.

IV) O Estado é responsável pela violação do direito de conhecer a verdade de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog, em virtude de não haver esclarecido judicialmente os fatos violatórios do presente caso e não ter apurado as responsabilidades individuais respectivas, em relação à tortura e assassinato de Vladimir Herzog, por meio da investigação e do julgamento desses fatos na jurisdição ordinária, em conformidade com os artigos 8 ¹⁸ e 25 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento	IV) O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares
V) O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, previsto no artigo 5.1 ¹⁹ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em prejuízo de Zora Herzog, Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog	

A partir das violações, determinadas na parte declarativa das Sentenças, a CIDH apresenta as penalidades, que são medidas que o Estado deve tomar para recompor os direitos violados e para que as violações não se repitam. Apesar de não ter um órgão responsável por fiscalizar a fase do cumprimento de Sentença, a CIDH determina que o próprio país condenado emita relatórios anuais sobre o andamento do cumprimento das medidas. Nos casos em estudo as determinações foram as seguintes:

ARAGUAIA	HERZOG
I) Conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos para determinar as responsabilidades penais e demais sanções que a lei preveja	I) Estado deve reiniciar, com a devida diligência, a investigação e o processo penal cabíveis, pelos fatos ocorridos em 25 de outubro de 1975, para identificar, processar e, caso seja pertinente, punir os responsáveis pela tortura e morte de Vladimir Herzog
II) Determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais aos familiares	II) O Estado deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria

18 Artigo 8º - Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

19 Artigo 5º - Direito à integridade pessoal. 1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

III) Oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeriram	III) O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em desagravo à memória de Vladimir Herzog e à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis por sua tortura e morte
IV) Realizar as publicações ordenadas	IV) Providenciar as publicações estabelecidas no parágrafo 383 da Sentença
V) Realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional	V) Pagar os montantes fixados a título de danos materiais e imateriais, e de reembolso de custas e gastos
VI) Capacitar em matérias de Direitos Humanos as Forças Armadas, por meio de programa permanente e obrigatório para todos os níveis hierárquicos	VI) O Estado deve reembolsar ao Fundo de Assistência Jurídica a Vítimas, da CIDH, a quantia despendida durante a tramitação do presente caso
VII) Tipificar o delito de Desaparecimento Forçado de Pessoas nos moldes dos parâmetros interamericanos. Enquanto dá cumprimento, deve adotar ações que garantam o efetivo julgamento e eventual condenação através dos mecanismos existentes	VII) no prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento
VIII) Continuar a desenvolver iniciativas de busca, sistematização e publicação sobre Guerrilha do Araguaia, bem como informação relativa a violações de Direitos Humanos ocorridas durante o regime militar	
IX) Pagar as indenizações por dano material, moral e restituição de custas e gastos	
X) Realizar Convocatória em jornais de grande circulação, durante 24 meses, para que os familiares das pessoas indicadas na sentença se identifiquem, nos termos da lei 9.140/1995	
XI) Permitir, pelo prazo de 6 meses, que as pessoas citadas possam apresentar solicitação de indenização	
XII) Apresentar um informe sobre as medidas adotadas ao Tribunal no prazo de um ano, contado da notificação da Sentença	

5. Considerações finais

Ao optar pela aplicação apenas das normas internas, sem tecer considerações críticas a respeito da situação fático e do plano político internacional, o Brasil, na ADPF 153, por meio do posicionamento exarado pelo STF acaba por inobservar o princípio internacional *pacta sunt servanda* e do comando constitucional do art.4º, inciso II – prevalência

dos direitos humanos. Uma vez que assentou-se o entendimento de que a lei de anistia impede a responsabilização de violadores de direitos humanos. Deve-se cuidar para que a discussão sobre aplicação do direito internacional não caia em digressões puramente internas e em debates teóricos que impeçam a visualização de novas possibilidades de manejar o direito interno, via auxílio da jurisdição internacional. Afinal, o “Diálogo das Cortes” internas e internacionais é essencial para o avanço e proteção dos Direitos Humanos, partindo da premissa de que todos os direitos são igualmente importantes em sua dimensão axiológica e devem encontrar respaldo fático e jurídico no seio de cada cultura, por meio do respeito aos princípios do Direito Internacional e da abertura do ordenamento doméstico.

Referências

ARAÚJO, Eduardo Borges; SUTIL, Evandro de Nadai. A Guerrilha do Araguaia, a Corte Interamericana e o estado brasileiro: os possíveis reflexos da condenação sobre a inacabada transição brasileira. In: Anais da XII Jornada de Iniciação Científica. Vol. 1, n. 1. Curitiba, 2010. Anais eletrônicos. Paraná: UFPR.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 153.

CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Interamericana de Direitos Humanos. Rev. Direito Práxis, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, junho 2017. ISSN 2179-8966.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Supervisão do cumprimento de Sentença de 17 de outubro de 2014.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018.

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 10^a edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Lindomar Tiago. A Decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso "Gomes Lund e outros vs. Brasil" (Guerrilha do Araguaia). In: A condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Guerrilha do Araguaia e a interpretação do STF sobre a Lei de Anistia. 2012. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2012.

TAVARES, Priscila Barboza. Repercussão dos tratados internacionais sobre direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro: Aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos no caso "Guerrilha do Araguaia". *Cosmopolitan Law Journal/Revista de Direito Cosmopolita*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 56-72, nov. 2014. ISSN 2357-8440.

Inacessibilidade da justiça no cárcere: o papel dos mutirões carcerários no Brasil

Lígia Penkal

Francielle Santos

1. Introdução

Não é de hoje que o Brasil vem sofrendo dos males do abarrotamento dos presos nas penitenciárias em todo o país. De acordo com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), existem 602.217 pessoas aprisionadas por todo o território brasileiro. Sabendo desta realidade, o CNJ, com a finalidade de garantir e proporcionar os direitos fundamentais dos detentos, realiza desde o ano de 2008 o mutirão carcerário.

De acordo com o CNJ, os mutirões carcerários reúnem juízes, promotores, advogados e demais juristas para analisar a situação processual dos presidiários, inspecionando as unidades carcerárias por todo o Brasil, com o intuito de evitar irregularidades e garantir o cumprimento da Lei de Execuções Penais (LEP), sendo baseada em dois eixos: a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios e a inspeção dos estabelecimentos.

Conforme o site do CNJ, desde o início dos mutirões carcerários, “cerca de 400 mil processos de presos já foram analisados, ocorrendo mais de 80 mil benefícios concedidos”, como progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros.

Pelo menos 45 mil presos foram libertados como resultado do programa, pois já haviam cumprido a pena decretada pela Justiça. No final de 2009, o Mutirão Carcerário do CNJ foi umas das seis práticas premiadas pelo Instituto Innovare, por atender ao conceito de justiça rápida e eficaz disseminado pela entidade.

Ainda de acordo com o site do CNJ, “*a linha de atuação nos Mutirões é baseada em dois eixos: a garantia do devido processo legal com a revisão das prisões de presos definitivos e provisórios; e a inspeção nos estabelecimentos prisionais do Estado*”. De acordo com o órgão, 45 mil presidiários, os quais já poderiam ter sido libertados, o foram. Portanto, é visível que várias políticas estatais são necessárias para consertar um erro do próprio Estado, uma vez que as unidades carcerárias se encontram superlotadas, tendo em vista o número excessivo de pessoas que estão aprisionadas em condições insalubres.

A revisão da situação do cidadão encarcerado visa a garantir e promover os direitos fundamentais na área prisional: o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça conduzido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF).

Conforme artigo científico de Rodrigo Régnier Chemim Guimarães, publicado pelo Ministério Público do Paraná, os mutirões carcerários não evidenciam uma visão arbitrária ou prejudicial ao ser humano, que foi acusado e preso ou condenado pela sociedade. Pelo contrário, o princípio norteador do mutirão é a dignidade da pessoa humana, que prevalece inclusive sobre o princípio do Juiz natural.

Devido aos benefícios realizados pelos mutirões carcerários, tal como atenuar o tormento das pessoas que se encontram encarceradas, fazendo com que elas acessem à justiça, tendo os seus direitos garantidos, como a progressão de regime e até mesmo ter sua liberdade concedida. Assim, os mutirões reiteram e ampliam uma visão humanista do Direito.

2. Metodologia

Esta pesquisa possui caráter bibliográfico. Serão utilizados documentos impressos e digitais que possam contribuir com a temática proposta, tais como: livros, revistas jurídicas, artigos científicos, entre outros. Serão feitas leituras, reflexões e análises do material utilizado, objetivando o estudo construtivo e a produção de uma investigação sobre o tema.

As conclusões serão obtidas conforme o processo analítico em sete etapas: partir da questão inicial, explorar o tema, problematizar, analisar pelo modelo de abordagem hipotético-dedutivo, coletar dados, analisar as informações e chegar a conclusões.

3. Desenvolvimento

3.1 Região Norte

O principal problema das penitenciárias da região Norte apontado nos relatórios dos mutirões carcerários do CNJ, segundo o livro do próprio conselho “Mutirões Carcerários: raio-x do sistema penitenciário brasileiro” de 2012, é que as prisões são muito sujas, com celas escuras e mal ventiladas. Ademais, outro elemento que agrava a situação das pessoas aprisionadas no Norte do Brasil é o calor amazônico, que se impõe aos apenados sujeitos ao clima equatorial do Brasil.

Entre 2010 e 2011, o Mutirão Carcerário do CNJ averiguou um quadro de insalubridade generalizada nos sistemas carcerários dos estados do Acre, Amazonas, Amapá, Rondônia, Roraima, Pará e Tocantins: uma prisão do Acre não tem água, constituindo um ambiente de insalubridade extrema; no Amazonas, seis em cada dez detentos ainda aguardam julgamento, enquanto a média nacional de presos provisórios é de 43%; no Amapá um dos juízes que realizou o mutirão relatou que *“as grades estão soltas, paredes balançam, há infiltrações em todas as*

partes do presídio. Há risco grave de que a laje desmorone sobre os presos a qualquer momento”, conjuntura deprimente da unidade prisional e dos detentos.

3.2 Região Nordeste

A Superlotação presente dentro do sistema penitenciário é um mal muito recorrente em todas as penitenciárias do território brasileiro, entretanto, foi verificado que na região Nordeste este distúrbio é muito mais recorrente e muito mais notório do que nas demais localidades. Para empiorar a conjuntura, a desorganização presentes nas varas acarreta em na demora dos julgamentos dos presos. Portanto, é evidente que a falta de eficiência de todo o sistema prisional e judiciário nordestino faz com que os problemas existentes dentro das unidades penitenciárias se desenvolvam, acarretando no avanço de condições insalubres e impróprias para os detidos. Segundo o juiz Sidinei Bruzska, um dos coordenadores dos trabalhos, “em todos os locais existem presos sem camas, dormindo no chão, em banheiros, corredores, calçadas, pátios, barracos improvisados e até em um canil”.

É notório que há um desmedido descontrole sobre as situações processuais, uma vez que é possível averiguar nas prisões da região que muitas pessoas perduram nas celas além do tempo previsto em lei, sendo conservadas por um período excessivo para aguardar o julgamento de suas ações penais, haja vista a desorganização procedimental. Tal fato é tão evidente, que em 2010, o Mutirão do CNJ encontrou um preso condenado em 2007, o qual estava há um ano, seis meses e 21 dias na prisão além do prazo previsto na legislação. Este acontecimento fez com que o governo de Alagoas perdesse cerca de R\$ 30 mil com a internação do detento. Essa situação é um exemplo que evidencia o problema do Estado em lidar com o sistema prisional brasileiro, visto que age de maneira ineficaz e não possui políticas públicas suficientes.

3.3 Região Centro-Oeste

A população carcerária do Mato Grosso, segundo o livro do CNJ “Mutirões Carcerários: raio-x do sistema penitenciário brasileiro” de 2012, equivale ao dobro da capacidade do sistema prisional. Ao fazer os mutirões, foram detectadas diversas afrontas aos direitos humanos, sendo que as unidades prisionais fossem comparadas a “bombas-relógio” e “depósitos humanos” pelos participantes, tamanha a insalubridade e precariedade das instalações. As pessoas que lá estão e apresentam transtornos mentais não dispõem de tratamento adequado, havendo a falta de vagas, assim como oportunidades de trabalho para os prisioneiros.

De acordo com a Lei de Execuções Penais, em seu artigo 88, deve o condenado ser alojado em cela individual, a qual deve conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório. No parágrafo único do referido artigo, é elencado como um dos requisitos básicos da unidade celular a salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana. Entretanto, tendo em vista os fatos já expostos, é claro que esta determinação legal não está sendo cumprida em muitas penitenciárias brasileiras, principalmente as que se localizam na região do Centro-Oeste brasileiro.

A ausência do Estado no cárcere, especialmente, no estado de Goiás, chamou a atenção da equipe do CNJ, pois foi percebido que lá os detentos dominassem as unidades prisionais, de uma maneira incomum, a ponto de ser deles a atribuição de definir para qual cela devem ir os novos presidiários. Já no Mato Grosso do Sul, os traficantes e estrangeiros presos em território brasileiro contribuem para a superlotação do sistema prisional.

3.4 Região Sudeste

Apesar de a região Sudeste ser a região mais desenvolvida do país, apresenta o sistema penitenciário mais populoso do Brasil. De acordo com os dados divulgados pelo livro “Mutirões carcerários: raio-x do

sistema penitenciário brasileiro”, a Região mais rica do País tem mais da metade dos presos que cumprem pena no Brasil, sendo que a superlotação das prisões desta região supera os 100% em diversos centros de detenção provisória.

Ainda, a força-tarefa verificou a situação processual de quase 30% da população carcerária brasileira, que está segregada nos presídios da Região, concedendo mais de 18,6 mil benefícios. Sete mil pessoas presas ilegalmente já foram libertadas pelo Mutirão Carcerário do CNJ.

Tendo em vista que a região Sudeste é a mais rica do país, supostamente deveriam as penitenciárias dessa localidade ser exemplares, não carecendo de má infraestrutura e precariedade. Entretanto, não é o que ocorre na realidade, pois dentro dos quatro muros de alguns presídios do Sudeste, a falta de estrutura, de higiene e de tratamento digno serve de fardo para os que cumprem pena na Região considerada o motor econômico brasileiro. Um exemplo disso é que em São Paulo, na Penitenciária Feminina de Santana, as detentas são obrigadas a improvisar miolo de pão como absorvente íntimo.

O Brasil foi denunciado à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) pelas condições dos presídios do estado do Espírito Santo. Nos presídios capixabas, as inspeções do CNJ revelaram a existência de pessoas cumprindo pena em celas metálicas sem nenhuma ventilação, como animais enjaulados. O cenário só foi modificado depois da passagem do primeiro Mutirão pelo Estado.

3.5 Região Sul

A análise do CNJ sobre a região Sul do país, conforme o livro do próprio conselho “Mutirões Carcerários: raio-x do sistema penitenciário brasileiro” de 2012, apontou que no Rio Grande do Sul as unidades prisionais viraram terreno fértil para a atuação das organizações criminosas. O novo detento é forçado a trabalhar para a organização criminosa a qual se filia e, em troca, recebe o que o Estado não fornece,

como segurança e complemento alimentar. Assim, o Estado lida atualmente com o “monstro” que criou com sua postura negligente, ao não fornecer as condições básicas necessárias para cuidar dos detentos e ainda ao permitir que facções dominassem o sistema prisional.

No estado de Santa Catarina com a ausência de uma Defensoria Pública Estadual até o ano de 2012, foi verificado que muitos dos presos eram esquecidos nas celas. Tal fato é tão evidente e tão preocupante que o CNJ, enquanto realizava o mutirão entre junho e julho de 2011, verificou que um em cada dez presos poderiam ter o direito à liberdade reconhecido. Não ter o direito à liberdade reconhecido é uma falta grave, ao permitir que pessoas permaneçam encarceradas sem dever estar só demonstra o desinteresse e o desleixo do Estado para com os presos.

O Paraná apresentava em 2012 15,8 mil pessoas detidas nas carceragens das delegacias, cadeias públicas ou centros de triagem - onde deveriam permanecer por no máximo 24 horas. Por outro lado, no mesmo ano havia 13,7 mil presos em presídios modelos, administrados pela Secretaria de Estado Justiça e Cidadania, de padrão internacional: com segurança; organização; espaço e oportunidade de abandonar o crime.

Nesse sentido, é gritante a diferença entre os presídios modelos e as demais penitenciárias paranaenses, cadeias públicas, delegacias e centros de triagem administrados pela Secretaria de Segurança Pública - sem estrutura e abarrotados de detentos. O relatório do Mutirão do CNJ criticou que, diante da falta de recursos, não era possível garantir condições ideais para todos os presos, então o Paraná optou por fazê-lo somente com menos da metade da população carcerária, enquanto os demais foram deixados em uma situação deplorável.

4. Conclusão

Tendo em vista os diversos problemas que o sistema penitenciário apresenta, é evidente que o Estado falha com os indivíduos que permanecem encarcerados, uma vez que não lhes garantem os seus direitos

fundamentais, estabelecidos pela Constituição da República. Decorrente disso, não é difícil encontrar pessoas que estão com a sua liberdade tolhida e que são obrigadas a permanecer em ambientes insalubres e impróprios.

Sabendo que o poder público não é capaz de garantir aos presos um bom sistema penitenciário, o Conselho Nacional de Justiça, juntamente com diversos profissionais do direito, decidiu reverter a situação das pessoas que se encontram nestes locais, fiscalizando seus processos perante o poder judiciário, a fim de conceder os seus direitos que estão estabelecidos em lei. Ainda, os presos que permaneciam nos locais insalubres ou em situações impróprias foram retirados desses locais, sendo remanejados para locais adequados.

Ressalta-se que muitas dessas penitenciárias, são centros de concentração da dominância de organizações criminosas, as quais se fazem presente quando o Estado não está, fornecendo recursos e garantindo os direitos fundamentais dos presos quando o poder público não o faz. Portanto, a ausência de Estado faz com que essas organizações cresçam e ganhem força dentro e fora do ambiente penitenciário.

Considerando-se todo o exposto, é incontestável a necessidade que os presos possuem de movimentos que os ajudem. Várias políticas estatais são necessárias para consertar um erro do próprio Estado, uma vez que as unidades carcerárias se encontram superlotadas, tendo em vista o número excessivo de pessoas que estão aprisionadas em condições totalmente insalubres e desumanas. Garantia do acesso à justiça além do plano teórico. Desde o início dos mutirões carcerários *“cerca de 400 mil processos de presos já foram analisados, ocorrendo mais de 80 mil benefícios concedidos: progressão de pena, liberdade provisória, direito a trabalho externo, entre outros”*

Referências

AMADEU, M. S. U. S. **Manual de normalização de documentos científicos**: de acordo com as normas da ABNT. Curitiba: Editora UFPR, 2015.

BRASIL. Constituição, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, Diário Oficial da União - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227.

CAPPELLETTI, M. e GARTH, B. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Mutirão Carcerário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>. Acesso em: 19/05/2019.

----- . **Mutirão Carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf. Acesso em: 19/05/2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **História da Defensoria Pública no Brasil e no estado de Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.defensoria.sc.gov.br/index.php/institucional>. Acesso em: 17/08/2019.

DIAS, J. D. M. A. **Uma visão histórica do acesso à justiça**. São Paulo. Disponível em: intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/download/966/936. Acesso em: 19/05/2019.

GUIMARÃES, R. R. C. **O Mutirão Carcerário e o Princípio do Juiz Natural**. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Mutirao_Carcerario_e_Juiz_Natural. Acesso em: 19/05/2019.

Acesso à justiça através da assessoria jurídica universitária: reflexões a partir da prática extensionista

Carolina Nocchi Guerra

Jéssica Becker Moraes

1. Introdução

Em um estado democrático moderno, um dos objetivos primordiais é a harmonização dos direitos individuais - que devem ser livres da atuação estatal - e dos direitos derivados da dimensão prestacional dos Direitos Fundamentais, espaço no qual o Estado deve promover meios materiais que possibilitem a efetivação das pretensões sociais (BEZERRA, 2005).

Nesse contexto, da atuação positiva do Estado, está o dever estatal de viabilizar o Acesso à Justiça, o qual serve justamente para garantir outros direitos, atuando como forma de concretização de uma justiça distributiva. Cappelletti e Garth afirmam que “*o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos Direitos Humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*” (1988, p. 12). Sendo assim, o princípio do acesso à justiça deve ser considerado não só como uma garantia de representação por advogado em um litígio, mas também como meio de assegurar a eficácia e efetividade de direitos, uma vez que, a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPELETTI, 1988).

Entretanto, as desigualdades sociais, financeiras e culturais presentes no Brasil resultam em problemas na aplicabilidade e efetividade desse princípio (SANTOS, 2007). O alto custo do processo no Brasil, por exemplo, é um dos obstáculos que mais atinge a população de baixa renda, que muitas vezes se resigna frente a lesões de direitos por não ter condições financeiras suficientes para arcar com um processo (PEDROSO, TRINCÃO, DIAS, 2002).

Sendo assim, por meio de debates, movimentos acadêmicos e modelos internacionais, criaram-se alguns mecanismos que configuram soluções práticas para esse problema, para além das Defensorias Públicas, entre eles há a Assistência Judiciária dentro das universidades. Nas palavras de SANTOS:

Trata-se de uma prática jurídica desenvolvida por estudante de direito que tem hoje uma capacidade nova de passar da clínica jurídica individual, *a la americana*, totalmente despolitizada, para uma forma de assistência e de assessoria jurídica atenta aos conflitos estruturais e de intervenção mais solidária e mais politizada. (2007)

O Serviço de Assessoria Jurídica Universitária (SAJU) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) foi criado na década de 1950 e hoje é o maior programa de extensão ativa da Universidade: possui um quadro oscilando entre 300 e 400 membros, incluindo estudantes e profissionais voluntários de diversos cursos e universidades.

Dividido em 20 grupos, o SAJU trabalha com atendimentos em diferentes temáticas, em casos individuais e demandas coletivas: Família, Criança e Adolescente, Trabalhista, Cível, Penal, Consumidor, Previdenciário, Mediação de Conflitos, Adolescentes em Conflito com a Lei, Imigrantes e Refugiados, Gênero e Direitos da Mulher, Alienação Parental, Indígenas e Quilombolas, Direito à Moradia e Educação Popular.

A dinâmica de funcionamento tem como pressupostos o protagonismo estudantil, a horizontalidade e a promoção de empoderamento popular. Tanto nos atendimentos individuais quanto nos casos coletivos,

propõe-se que os assistidos sejam protagonistas na busca por soluções, que muitas vezes passam por vias não-jurídicas.

Dentro deste panorama, o presente artigo tem como objetivo refletir sobre o acesso à justiça a partir de um recorte de atendimentos jurídicos realizados pelo Grupo 1 do SAJU da UFRGS. Faz-se isso analisando-se o perfil dos casos atendidos utilizando-se de dados estatísticos; a metodologia de atendimento; e a implicação da dinâmica de atendimento no resultado do serviço prestado.

2. Procedimentos e metodologia

De plano, por se tratar de um trabalho escrito a partir da prática extensionista, cabe descrever os procedimentos utilizados para atendimento ao público em primeiro lugar.

Os casos chegam à triagem da secretaria por telefone e presencialmente. Capacitado para acolher e agendar atendimentos, o secretário marca o horário com o grupo que atende a demanda da pessoa. Neste estudo, analisaremos a demanda que chegam até o Grupo 1, o qual atua, precipuamente, em causas de natureza cível, trabalhista e previdenciária.

Os atendimentos ocorrem nas quintas-feiras à noite, ocasião em que os indivíduos chegam e são recepcionados por algum integrante do próprio Grupo. De início, são lhes entregue uma ficha de cadastro, a qual deve ser preenchida enquanto aguardam a chamada. De regra, por ordem de chegada, os assistidos são conduzidos à sala de atendimento, onde os esperam os integrantes do grupo. A partir de então a pessoa é convidada a contar a sua história para todos os presentes, sendo escolhido um estudante para anotações acerca do caso, bem como dos encaminhamentos sugeridos pelo grupo durante a sessão. Todos os integrantes presentes no dia participam do acolhimento inicial, o qual consiste, basicamente, na formulação de perguntas, na orientação jurídica e na discussão conjunta do caso. Ao final, se existe necessidade de

pesquisa, acompanhamento ou ajuizamento de ação, um estudante e um profissional do Direito se responsabilizam por acompanhar o caso.

3. Resultados e discussão

Convém destacar, inicialmente, que para o levantamento de dados estatísticos, utilizou-se como fonte a ficha de triagem de cada pessoa atendida com as anotações realizadas pelo grupo após relato da demanda. Os casos foram classificados por temática (previdenciário/trabalhista/cível/outras), por solução jurídica (ajuizamento/tratativa extrajudicial/orientação) e por resultado (ajuizado/resolvido extrajudicialmente/encerrado por orientação/não retornou).

Entre janeiro de 2018 e 20 de junho de 2019, foram atendidas 118 pessoas com casos novos no Grupo 1 do SAJU, todas conforme a dinâmica de atendimento descrita nos procedimentos acima. No total, contabilizou-se 128 demandas, número maior porque algumas pessoas trouxeram mais de um problema jurídico.

A revisão das anotações de cada caso evidenciaram uma porcentagem de 38,2% de questões previdenciárias (n=49); 32% de demandas trabalhistas (n=41); 26,5% de casos cíveis (n=34); e 3,1% de outras temáticas (n=4).

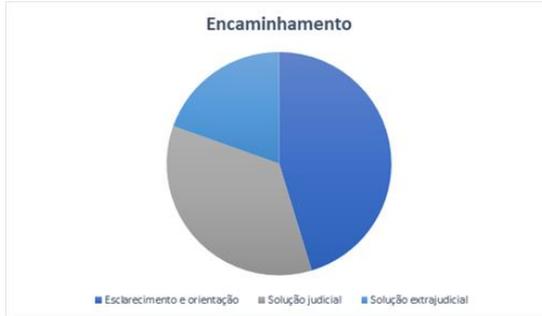
Gráfico 1: Demandas dos atendimentos efetuados no período de janeiro de 2018 a junho de 2019.



Fonte: Elaborado pelas autoras.

Em relação ao encaminhamento que foi dado durante o atendimento, em 45,8% dos casos foram esclarecidos direitos e obrigações e/ou as pessoas orientadas sobre procedimentos a serem tomados (n=58); em 35,1% das vezes vislumbrou-se a necessidade de ajuizamento de ação judicial ou a defesa em ação já ajuizada (n=45); em 19,5% dos casos tentou-se inicialmente a solução extrajudicial (n=25).

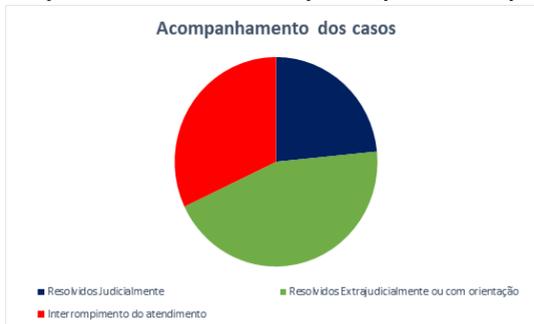
Gráfico 2: Encaminhamento dos atendimentos efetuados no período de janeiro de 2018 a junho de 2019.



Fonte: Elaborado pelas autoras.

No acompanhamento dos casos, 30 situações foram efetivamente levadas à apreciação do Poder Judiciário (23,4%); 21 demandas tomaram êxito com a solução extrajudicial proposta (16,4%); 36 atendimentos se encerraram apenas com a orientação (28,1%); e 41 pessoas interromperam o atendimento (32%), deixando de trazer documentos para análise ou ajuizamento, contentando-se com a orientação inicial ou não enviando notícias sobre a tentativa de solução extrajudicial.

Gráfico 3: Acompanhamento dos casos atendidos no período de janeiro de 2018 a junho de 2019.



Fonte: Elaborado pelas autoras.

A partir dos resultados estatísticos, percebe-se que o ajuizamento de ações foi ação secundária do atendimento prestado, evidenciando a possibilidade de um Acesso à Justiça através de orientação e de solução extrajudicial.

Nesse sentido, destaca-se que o direito ao acesso à justiça não se esgota no acesso ao judiciário (RODRIGUES, 1994). De fato, as orientações dadas e as soluções extrajudiciais alcançadas pelo SAJU configuram meios mais eficientes e céleres de viabilizar a garantia do acesso à justiça.

Os números obtidos possuem total confluência com a dinâmica de atendimento adotada, norteadas pela horizontalidade de posições entre estudantes e profissionais. A mesa redonda, a inexistência de distinções entre os papéis e o respeito às opiniões jurídicas de cada integrante estimula que todos participem ativamente na resolução do problema que os assistidos trazem ao grupo. E para além das relações internas, a forma adotada conta com a participação ativa da pessoa que busca o serviço, que é convidado a acompanhar a análise do caso e que contribui com pesquisas que já tenha feito (em geral, na internet).

Entende-se que a dinâmica está alinhada também com a promoção do protagonismo estudantil, sendo o alto envolvimento dos estudantes uma das principais características do SAJU, na medida que os estudantes conseguem reunir os conhecimentos de sala de aula, dos estágios, assim como dos próprios atendimentos anteriores para, cada vez mais, conduzirem o acolhimento e o encaminhamento da solução jurídica mais adequado ao caso concreto.

Nas fases posteriores, quando é necessária providência extrajudicial ou pesquisa jurídica, ao assistente também cumpre o protagonismo, na medida em que é de sua responsabilidade fazer ligações telefônicas, contatos por e-mail, ou acompanhar o assistido em órgãos públicos, trazendo à discussão do grupo o resultado de pesquisa jurisprudencial e doutrinária realizada, bem como o desfecho das providências (extra)judiciais adotadas.

Há que se mencionar que o suporte dos profissionais é necessário para fins de suporte jurídico, bem como contribuir com a experiência já adquirida e dar confiança ao trabalhos dos assistentes; o estímulo, contudo, é que os mais jovens vivenciem a advocacia de uma maneira mais dinâmica e real.

Eis o ponto de encontro entre a dinâmica de atendimento e os números de casos solucionados extrajudicialmente: como o aprendizado é coletivo e o encaminhamento dialogado, a intenção é resolver a questão da forma mais eficiente possível, o que muitas vezes vai de encontro ao ajuizamento de um processo judicial. Ainda, a disponibilidade de tempo e energia dos estudantes para o suporte dos assistidos em negociações e diligências permite uma atuação mais completa na promoção do acesso à justiça.

Evidencia-se também uma demanda latente de orientação jurídica: em 45,8% dos casos, o atendimento inicial encerrou-se com o esclarecimento de direitos e obrigações e/ou com a indicação de procedimentos a serem tomados.

Como exemplo de uma demanda que se encerra na orientação, temos o caso de duas irmãs que buscaram o SAJU para resolver uma questão de aluguel. Elas utilizaram a herança que receberam do pai para comprar um apartamento em Porto Alegre, que era alugado a terceiros através de uma imobiliária. Após desentendimentos com a imobiliária, elas romperam o contrato e passaram a negociar direto com o inquilino. Esse morador pediu a garantia de que continuaria no apartamento até o final do contrato que ele tinha feito com a imobiliária, em fevereiro de 2020. Elas concordaram e fizeram um contrato em tabelionato com apenas essa cláusula: a data de término do aluguel. Não havia informação sobre o valor das prestações mensais, a responsabilidade do pagamento de encargos, as condições do imóvel, ou quaisquer outras. Elas chegaram ali com uma pergunta bem definida: a caução que o inquilino deu no contrato com a imobiliária valeria para essa nova relação? Entendemos que sim, a caução deveria ser descontada ao final da relação locatícia,

mas acima de tudo explicamos bastante sobre a lei do inquilinato e demos orientações sobre como se precaver de problemas futuros com medidas contratuais simples.

Nesse ponto, interessante observar que, na era da informação, em que o acesso ao ordenamento jurídico está a um clique de distância, o papel do advogado parece se reconstruir. O advogado não deve ser mais visto como aquele que detém passivamente o conhecimento, mas sim como sujeito ativo, que interpreta, faz relações, têm uma visão sistêmica do ordenamento jurídico e do contexto geral da demanda que lhe é trazida. O Acesso à Justiça também se efetiva dessa maneira: oferecendo à população a compreensão de como funciona o sistema jurídico e de quais são os caminhos para melhor solucionar suas demandas, o que, como visto acima, não raras vezes, não perpassa pelos caminhos dos tribunais.

4. Considerações finais

O atendimento jurídico prestado pelo Grupo 1 do SAJU apresenta um caráter diferenciado em relação à atividade advocatícia em geral, principalmente, em razão dos atendimentos serem coletivos e não focados em apenas uma especialidade. Este formato é capaz de atender satisfatoriamente a demanda dos assistidos, ao mesmo tempo em que contribui para a formação dos estudantes de direito. Os resultados obtidos indicam que o projeto proporciona o Acesso à Justiça oferecendo uma resposta célere e efetiva à população, ao oferecer orientação jurídica e privilegiar a solução extrajudicial dos conflitos postos em pauta.

Referências

BEZERRA, Paulo. **O Acesso aos Direitos e a Justiça: Um Direito Fundamental**, 81 Bol. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, 2005.

CAPPELETTI, M; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Editora Fabris, 1988.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo, Cortez, 2007.

STEIN, Torsten.et al. **Acesso à Justiça e Cidadania**. São Paulo: Editora Fundação Konrad Adenauer, 2000.

RODRIGUES, Horácio. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PEDROSO, J; TRINCÃO, C; DIAS, J. P. **O acesso ao Direito e a Justiça: um direito fundamental em questão**. COIMBRA. CES, 2002.

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